DAS VERHÄLTNIS DER §§ 138 ABS. 1, 826 BGB ZU DEN VORSCHRIFTEN ÜBER DIE GLÄUBIGERANFECHTUNG INNERHALB UND AUSSERHALB DES KONKURSES, BESONDERS IM HINBLICK AUF DIE BEHANDLUNG DER SICHERUNGSÜBERTRAGUNGEN

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt

von

Claus Godbersen
aus Heide/Holstein

1967

Göttingen 1968

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544311_0050

Fotodruck: ANDREAS FUNKE, Offsetdruck
34 Göttingen · Wendenstraße 5b

DAS VERHÄLTNIS DER §§ 138 ABS. 1, 826 BGB ZU DEN VORSCHRIFTEN ÜBER DIE GLÄUBIGERANFECHTUNG INNERHALB UND AUSSERHALB DES KONKURSES, BESONDERS IM HINBLICK AUF DIE BEHANDLUNG DER SICHERUNGSÜBERTRAGUNGEN

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt

von

Claus Godbersen
aus Heide/Holstein

Göttingen 1968

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter: Professor Dr. Wolfram Henckel
Mitberichterstatter: Professor Dr. Erwin Deutsch
Tag der mündlichen Prüfung: 21. November 1967

Inhaltsverzeichnis

		Seite
Inhaltsverzeichnis		I - VI
Abkürzungen		VII - VIII
Literaturverzeichnis		IX - XVI
Einleitung:	Die Bedeutung der Konkurrenz zwischen den Anfechtungsvorschriften §§ 29 ff KO, 1 ff AnfG und den Generalklauseln §§ 138 I, 826 BGB	1
1. Teil:	Das Verhältnis der Anfechtungsvorschriften §§ 29 ff KO, 1 ff AnfG zu den Generalklauseln §§ 138 I, 826 BGB	6
	I. Die Anfechtungsvorschriften als abschließende Regelung	6
	1.) im Verhältnis zu § 138 BGB	6
	2.) im Verhältnis zu § 826 BGB	8
	a) Deliktsnatur des Anfechtungsanspruchs?	9
	b) Theoretische Möglichkeit der Kumulation von Deliktsanspruch und Anfechtungsanspruch	9
	c) Tatsächliche Ausgestaltung der Anfechtungsregelung	12
	3.) Ergebnis	15
	II. Die Grenzen der Anfechtungsregelung	16
	1.) Grundkonzeption der Absichtsanfechtung: Mißbrauch der Verfügungsmacht durch den Schuldner	16
	2.) Besonderheiten bei der Gläubigergefährdung durch Sicherungsverträge	19
	3.) Anfechtungsregelung als abschließende Normierung über den Kampf um den Zugriff auf das schuldnerische Vermögen?	20
	a) Stand der Meinungen	20
	b) Die ursprünglichen, vom Gesetzgeber gewollten Grenzen der Absichtsanfechtung: abschließende Regelung	23
2. Teil:	Anwendung der Generalsklauseln zur Ergänzung und Berichtigung spezieller gesetzlicher Regelungen	27
	I. Der ursprüngliche Anwendungsbereich der §§ 138, 826 BGB	27
	II. Folgerungen für die Berücksichtigung weiterer zu den Anfechtungsvoraussetzungen hinzutretender und anderer, ohne die Anfechtungsvoraussetzungen vorliegender Umstände bei der Anwendung der §§ 138, 826 BGB	30

Seite

III. Die heutige erweiterte Aufgabe der Generalklauseln 33

3. Teil: Die Ursachen und die Verantwortung des Sicherungsnehmers für die Gläubigerschädigung durch Sicherungsverträge 39

I. Die Bedeutung der Heimlichkeit der Sicherungsübereignung für die Schadensverursachung und für die Verantwortlichkeit des Sicherungsnehmers 39

1.) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts 39

2.) Verantwortung für die Schädigung unter dem Kreditsystem der Jahrhundertwende und des BGB 42

3.) Das heutige, durch Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung charakterisierte Kreditsystem 43

4.) Zusammenhang zwischen der Besitzlage und der Kreditwürdigkeit? 44

a) Die Bedeutung des Faustpfandrechts und der Eigentumsvermutung des § 1006 BGB 44

b) Gläubigergefährdung durch "erkennbare" Sicherheiten (Grundpfandrechte, Faustpfandrechte) 46

II. Der Schädigungsvorgang und die Mitwirkung des Sicherungsnehmers 47

1.) Die Entstehung des Schadens im allgemeinen 47

2.) Ursachen und Verantwortung für die Schädigung der Altgläubiger 48

3.) Ursachen und Verantwortung für die Schädigung der Neugläubiger 50

a) Verantwortung für die Täuschung, obwohl keine Täuschung über die dingliche Rechtslage vorliegt? 50

b) Gegenstand der Täuschung und Mitwirkung des Kreditgebers an der Täuschung 52

III. Gläubigergefährdung und anstößiges Sicherungsstreben des Kreditgebers als Element der Sittenwidrigkeit 55

IV. Folgerung für die Auslegung der §§ 138, 826 BGB 56

1.) Gemeinsamkeit der gläubigerschädigenden Sicherungsverträge und der gesetzlich geregelten Fälle der Gläubigeranfechtung 57

2.) Interessenausgleich zwischen Verfügungsfreiheit und Gläubigerschutz durch die Anfechtungstatbestände 58

Seite

a) Absichtsanfechtung 58
b) Schenkungsanfechtung 59

3.) Notwendigkeit der Erweiterung der Anfechtungsregelung 59

4.) Die Stellung der gläubigerschädigenden Sicherungsverträge zum System der Anfechtungsregelung 61

4. Teil: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Sittenwidrigkeit von Sicherungsverträgen 63

A. Grundsatz 63

B. Die Ausgestaltung des Grundsatzes 64

I. Der Unterschied zwischen § 138 und § 826 BGB 64

II. Vorsätzliche oder grob fahrlässige Schädigung künftiger Gläubiger durch Täuschung 65

III. Besondere Umstände und Beweggründe, die zum Verstoß gegen die guten Sitten führen können 67

1.) Gefährlichkeit des Sicherungsvertrages 67

2.) Besondere Umstände und Beweggründe: 69

a) Unterstützung eines konkursreifen Unternehmens um eigener Vorteile willen 69
b) Unterstützung eines Unternehmens trotz Labilitätsanzeichen 70
c) Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung oder eines formalen Rechts 71
d) Sicherung oder Befriedigung durch die letzten freien Vermögensstücke oder das ganze Vermögen 72
e) knebelnde Sicherungsverträge 74

3.) Vernachlässigung der Prüfungspflicht 76

C. Zusammenfassung 79

5. Teil: Rechtsfortbildung durch Vergleich der Sicherungsverträge mit ähnlichen gesetzlich gelösten Konflikten 81

A. Sicherungsverträge, die mit ziemlicher Sicherheit zum Schaden führen 81

I. Erweiterung der Anfechtungsregelung wegen größerer Verfügungsmöglichkeit des Schuldners 81

II. Erweiterung der Strafbarkeit von Konkursdelikten durch § 240 Abs. 1 Nr. 2 KO (Konkursverschleppung) 82

Seite

B. Die Übernahme des ganzen oder des letzten freien Vermögens zur Sicherung oder Erfüllung 84

I. Die Interessen der Beteiligten 84

II. Die vergleichbare Regelung des § 419 BGB 84

1.) § 419 als anfechtungsrechtliche Norm, dargestellt am Problem der Gegenleistung 85

a) Die Gegenleistung bei der Vermögensübernahme 85
b) Die Gegenleistung in den Fällen, von denen der Gesetzgeber ausging 86
c) Die Ausdehnung des § 419 auf Verträge über Einzelgegenstände 90
d) Grundgedanke des § 419 BGB: Schutz des Haftungsminimums 92
e) Folgerung für die Berücksichtigung der Gegenleistung 94

2.) Das Vorwegbefriedigungsrecht des § 419 II BGB 95

a) Die gesetzliche Vorschrift 95
b) Anwendung des § 419 BGB auf die Sicherungsübertragung des Vermögens 96
c) Die Entstehungsgeschichte des § 419 II BGB 97
d) Ergebnis 100

3.) Der Grundgedanke des § 419 BGB und die Rechtsprechung zu den Sicherungsverträgen 101

III. § 850 h ZPO (Lohnschiebung, Verschleierung des Arbeitseinkommens) 104

1.) Die Rechtslage vor der Einführung des § 850 h ZPO 105

2.) Grundgedanken des § 850 h ZPO und die Rechtsprechung zu den Sicherungsverträgen 106

C. Unterstützung eines gefährdeten oder konkursreifen Unternehmens 108

I. Die Interessenlage 108

II. Die vergleichbare Vorschrift des § 342 HGB 109

1.) Die Entstehungsgeschichte 109

2.) Grundgedanken des § 342 HGB 111

Seite

a) Vermutung der Gläubigerbenachteiligung infolge des größeren Einsichtsrechts (§ 338 HGB)? 111
b) Aufbürdung des Konkursrisikos wegen des größeren Interesses am Unternehmen 113

D. Sittenwidrige Ausnutzung wirtschaftlicher Machtstellung 116

E. Gemeinsames zu A - D:
Vernachlässigung der Prüfungspflicht 117

I. Die Prüfungspflicht als Unterfall der allgemeinen Pflicht zur Gefahrenabwehr aus vorausgegangenem Tun? 117

II. Besonderheiten der Prüfungspflicht 118

III. Die Prüfungspflicht als Verschärfung der Haftung durch Umkehr der Beweislast 119

1.) Schadenersatzpflicht aus § 826 BGB infolge gewissenlosen Verhaltens 119

2.) Die Situation bei großen Sicherungsverträgen 120

3.) Die Prüfungspflicht als Umkehr der Beweislast 121

4.) Folgerungen:
Umfang der Prüfungspflicht 122

F. Folgerungen aus dem Vergleich:
Notwendigkeit der Rechtsfortbildung entsprechend den Rechtsgedanken der §§ 419 BGB, 850 h ZPO, 342 HGB 123

I. Die Ansichten der Rechtsprechung und der Literatur 124

II. Vorschläge für eine Gesetzesänderung 125

1.) Das Registerpfandrecht 125

2.) Änderung der Anfechtungsregelung 126

III. Ergebnis 128

6. Teil: Einzelfragen;
Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die guten Sitten 130

A. Einzelfragen

I. Übernahme des letzten freien Vermögens 130

II. Abgrenzung der sittenwidrigen Unterstützung eines gefährdeten oder konkursreifen Unternehmers 130

1.) Kreditgewährung zur Rettung alter Gelder als gesellschaftsähnliche Beteiligung am Unternehmen 131

Seite

2.) Abgrenzung zwischen dem partiarischen Darlehn und der stillen Gesellschaft 132

3.) Ergebnis 134

B. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die guten Sitten 136

I. Allgemeines 136

II. Rechtsfolgen der "anfechtungsgleichen" Fälle 137

1.) Die in Betracht kommenden Fälle 137

2.) Schadenersatz nach § 826; Umfang des Anspruchs 138

3.) Geltendmachung der Schadenersatzansprüche 140

4.) Unanwendbarkeit des § 138 BGB 143

III. Rechtsfolgen in den weitergehenden Fällen 144

1.) Kreditbetrug 144

a) § 826 BGB 144
b) § 138 BGB 144

2.) Stille Geschäftsinhaberschaft 144

a) § 826 BGB 144
b) Unanwendbarkeit des § 138 BGB 148

3.) Konkursverschleppung 148

a) § 826 BGB 148
b) Unanwendbarkeit des § 138 BGB 151

4.) Geltendmachung der Ansprüche 151

IV. Zusammenfassung 152

Abkürzungen (soweit nicht im Literaturverzeichnis erläutert)

aaO	am angegebenen Ort
AnfG	Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen außerhalb des Konkursverfahrens, Sammlung des Bundesrechts BGBl III 3 Nr. 311-5
Anm.	Anmerkung
BB	Der Betriebsberater (Jahr und Seite)
Bensh.	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, erschienen bei J. Bensheimer, Mannheim/Berlin/Leipzig
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Band und Seite)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Band und Seite)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band und Seite)
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift (Jahr und Seite)
DR	Deutsches Recht (Jahr und Seite)
EG	Einführungsgesetz
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (Jahr und Seite)
HGB	Handelsgesetzbuch
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Nr.)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite).
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (Jahr und Seite)
KO	Konkursordnung, Sammlung des Bundesrechts BGBl III 3 Nr. 311-4
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (Jahr und Seite)
LG	Landgericht
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
RAG	Reichsarbeitsgericht
Recht	Zeitschrift "Das Recht" (Jahr und Nr. der Entscheidung)
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Band und Seite)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und Seite)
ROHG	Reichsoberhandelsgericht, auch Entscheidungen des ROHG (Band und Seite)

Rspr OLG	Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Band und Seite)
VersR	Versicherungsrecht (Jahr und Seite)
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Teil IV B Wertpapier- und Bankfragen - Rechtsprechung - (Jahr und Seite)
ZPO	Zivilprozeßordnung

Literaturverzeichnis

Abraham, Hans Jürgen: Die Doktrin der Public Policy, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) Bd. 150 (1949) S. 385 ff

Achilles, Alexander - Greiff, Max: Bürgerliches Gesetzbuch, 20. Aufl. Berlin 1958 (Nachtrag 21. Aufl. 1963)

Arzt, Gunther: Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, Diss. Tübingen 1962

Asch, Adolf: Zur Behandlung der Sicherungsverträge in Rechtsprechung und Gesetzgebung, JW 1911 S. 303 f

Ascher, Walter: Aufgaben des Gesetzgebers bei der Neuordnung der Sicherungsgeschäfte des gewerblichen Kreditverkehrs, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1955 S. 177 ff

Ascher, Walter: Anmerkung zu einem BGH-Urteil, LM § 138 BGB (Bb) Nr. 3

Barkhausen, Walter: Das Verhältnis der Nichtigkeit wegen Knebelung zur Gläubigergefährdung bei der Sicherungsübereignung, NJW 1953 S. 1412 ff

Barkhausen, Walter: Anmerkungen zu BGH-Urteilen NJW 1953 S. 1665; NJW 1955 S. 1272; NJW 1956 S. 417

Bartholomeyczik, Horst: Die Kunst der Gesetzesauslegung, Frankfurt/Main 1951

Bartholomeyczik, Horst: Erbrecht, 6. Aufl. München/Berlin 1964

Bauer-Mengelberg: Anmerkung zu einem RG-Urteil, JW 1931 S. 2088 q

Bergenroth: Enthält § 419 BGB einen subjektiven Tatbestand? MDR 1953 S. 140

Berges, A. M.: Zur Sittenwidrigkeit von Sicherungsübereignungen, BB 1954 S. 886 ff

Bindseil, Reinhart: Die Absichtsanfechtung außerhalb und innerhalb des Konkurses im Verhältnis zu den §§ 138 I, 823, 826 BGB, Diss. Heidelberg 1965

Böhle - Stammschräder, Aloys: Gesetz, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens (Anfechtungsgesetz), 2. Aufl. München/Berlin 1956

Böhle - Stammschräder, Aloys: Konkursordnung, 8. Aufl. München/Berlin 1966

Boehmer, Gustav: Einführung in das bürgerliche Recht, 2. Aufl. Tübingen 1965

Boehmer, Gustav: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung,
2. Buch 1. Abteilung (II 1) Tübingen 1951
2. Buch 2. Abteilung (II 2) Tübingen 1952

Breithaupt, Walter: Die guten Sitten, JZ 1964 S. 283 ff

Bundesratsvorlage: Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches ... In der Fassung der Bundesrathsvorlage, Berlin 1898

Burchardt, Paul: Täuschung und Rechtswidrigkeit beim Kreditbetrug, Berlin u. Leipzig 1937,
in: Abhandlungen des Kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin, 4. Folge 4. Band Heft 2

v. Caemmerer, Ernst: Anmerkung zu einem BGH-Urteil, JZ 1956 S. 97 f

v. Caemmerer, Ernst: Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel Bd. I (Tübingen 1954) S. 332 ff

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964

Coing, Helmut: Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen Heft 84, 1959

Delbrück, Berthold: Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Rechte, Berlin 1853

Deutsch, Erwin: Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Delikstatbestände, JZ 1963 S. 385 ff

Düringer, Adalbert - Hachenburg, Max: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, Bd. I, 3. Aufl. Mannheim, Berlin, Leipzig 1930;
Bd. II 1, erläutert von J. Flechtheim, 3 Aufl. Mannheim ... 1932

Endemann, Friedrich: Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I Buch 2, 3. - 5. Aufl. Berlin 1898

Endemann, Friedrich: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I Buch 2 (Recht der Schuldverhältnisse) 8. Aufl. Berlin 1903

Engisch, Karl: Einführung in das juristische Denken, 3. Aufl. Stuttgart 1964

Enneccerus - Kipp - Coing: Erbrecht, Ein Lehrbuch, 12. Bearbeitung Tübingen 1965

Enneccerus - Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. Tübingen 1958

Enneccerus - Nipperdey: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Halbband Tübingen 1959, 2. Halbband Tübingen 1960

Erman, Walter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. Münster/ Westf. 1962 (Bearbeiter in den Zitaten angeführt)

Esser, Josef: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl. Tübingen 1964

Esser, Josef: Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht, JZ 1953 S. 521 ff

Esser, Josef: Schuldrecht, Ein Lehrbuch, 2. Aufl. Karlsruhe 1960

Esser, Josef: Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht, in: "Summum ius summa iniuria", Tübinger Rechts-wissenschaftliche Abhandlungen Bd. 9 1963 S. 22 ff

Fischer, Robert: Fragen aus dem Recht der stillen Gesellschaft, Juristische Rundschau (JR) 1962 S. 201

Flessa, Richard: Sittenwidrigkeit bei Sicherungsübereignungen, NJW 1953 S. 84

Flume, Werner: Besprechung von: Harry Westermann, Interessenkollisionen, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) Bd. 154 (1955) S. 560 ff

Flume, Werner: Der verlängert und erweiterte Eigentumsvorbehalt, NJW 1950 S. 841 ff

Gernhuber, Joachim: Die Billigkeit und ihr Preis, in: "Summum ius summa iniuria", Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 9 1963 S. 205 ff

v. Gierke, Otto: Recht und Sittlichkeit, in: Logos - Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur Bd. 6 (1919) S. 211 ff

v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, Bd. III (Schuldrecht) München/Berlin 1917

v. Gierke, Otto: Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889

Hahn, Carl: Die gesammten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen.

Bd. IV: Die gesammten Materialien zur Konkursordnung ... sowie zu dem Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahren, vom 21. Juli 1879, Berlin 1881

Bd. VI: fortgesetzt von Benno Mugdan: Materialien zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1897

Bd. VII: fortgesetzt von Benno Mugdan: Materialien zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und zum Gesetz, betreffend die Änderung der Konkursordnung, Berlin 1898

Hamann, Andreas: Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 2. Aufl. Neuwied 1961

Heck, Philipp: Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930

Hesse - Saage - Fischer: Grundbuchordnung, Berlin 4. Aufl. 1957

Hoelder: Zum allgemeinen Theile des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) Bd. 73 (1888) S. 1 ff.

Hubmann, Heinrich: Grundsätze der Interessenabwägung, AcP Bd. 155 (1956) S. 85 ff.

Hueck, Alfred: Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. München 1965.

Hueck - Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3./5. Aufl. Mannheim/Berlin/Leipzig 1931; Bd. 1, 7. Aufl. Berlin/Frankfurt 1963.

Jacusiel, Hans: Zur Übernahme eines Vermögens nach § 419 BGB, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1928 S. 157.

Jaeger, Ernst: Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens, Berlin 1938.

Jaeger, Ernst: Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 8. Aufl. Berlin/Leipzig 1932.

Jaeger, Ernst: Lohnverzicht und gute Sitten, Leipziger Zeitung (LZ) 1911 Sp. 285 ff; Lohnverträge zugunsten der Ehefrau LZ 1914 Sp. 1065 ff.

Jaeger, Ernst: Kommentar zur Konkursordnung, Bd. I (§§ 1 - 46) 6./7. Aufl. Berlin/ Leipzig 1931.

Jaeger - Lent: Konkursordnung Bd. I (§§ 1 - 70) 8. Aufl. Berlin 1958.

Johannsen: Anmerkung zu BGH-Urteilen , LM § 138 BGB (Bb) Nr. 5; § 138 BGB (Cb) Nr. 5.

Kaser, Max: Römisches Privatrecht, Bd. I (1955).

Kaser, Max: Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ) - Romanistische Abteilung Bd. 60 (1940) S. 95 ff.

Kaufmann, Arthur: Freirechtsbewegung - lebendig oder tot? Ein Beitrag zur Rechtstheorie und Methodenlehre, Juristische Schulung (JuS) 1965 S. 1 ff.

Koenigs, Folkmar: Die stille Gesellschaft, Berlin 1961.

Kraft, Alfons: Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, München 1963

Lambsdorff, H.-G. - Gilles, P.: Zur Haftung der GmbH-Geschäftsführer bei unterlassenem oder verzögertem Konkursantrag, NJW 1966 S. 1551

Lange, Heinrich: Lage und Zukunft der Sicherungsübertragung, NJW 1950 S. 565 ff

Larenz, Karl: Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 64 1965

Larenz, Karl: Lehbuch des Schuldrechts Bd. I 7. Aufl. München/Berlin 1964

Larenz, Karl; Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1960

Larenz, Karl: Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 1965 S. 1 ff

Lehmann, Heinrich: Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. Berlin 1959

Lehmann, Heinrich: Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderung. Denkschrift nebst Gesetzesvorschlag (Arbeitsbericht der Akademie für Deutsches Recht) Stuttgart 1937

Leipziger Kommentar: Strafgesetzbuch, begründet von Ebermayer, Lobe, Rosenberg, 8. Aufl. hrsg. von Jagusch und Mezger, Bd. II (§§ 153 - 370) 1958

v. Liebig, J. - Bechert, R.: Die Sicherungsübereignung und ihre Zukunft, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 63 (1935) S. 151

v. Lutz, J.: Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Im Auftrag dieser Commission hrsg. von J. v. Lutz, 9 Bände, Würzburg 1858 - 1867

Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Ein Lehrbuch, Besonderer Teil, 4. Aufl. Karlsruhe 1964

Mentzel, Franz - Kuhn, Georg: Kommentar zur Konkursordnung, 7. Aufl. Berlin 1962

Merz, Hans: Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) Bd. 163 (1964) S. 305 ff

Meyer - Cording, Ulrich: Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechts, JZ 1964 S. 273 ff

Meyer - Cording, Ulrich: Anmerkung zu einem BGH-Urteil, JZ 1953 S. 665

Mot.: Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Bd. I - V Berlin/Leipzig 1888

Müller - Erzbach: Die Haftung und die Vermögensbeteiligung des Kommanditisten und des stillen Gesellschafters, besonders im Falle ihrer Anteilnahme an der Unternehmensverwaltung, in: Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht Nr. 62 (2. Band) Marburg 1931 S. 737 ff

Münzel, Karl: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, MDR 1951 S. 129 ff.

Mugdan, Benno: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I (Einführungsgesetz und allg. Teil), Bd. II (Recht der Schuldverhältnisse), Bd. III (Schadenrecht), Bd. V (Erbrecht) Berlin 1899.

Oertmann, Paul: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl. Berlin 1927; Recht der Schuldverhältnisse, Erste Abteilung, 5. Aufl. Berlin 1928.

Ortlieb: Das Anfechtungsgesetz und § 826 BGB, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 30 (1907) S. 32 ff.

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 26. Aufl. 1967 (Bearbeiter in den Zitaten angeführt).

Paulick, Heinz: Handbuch der stillen Gesellschaft, Köln 1959.

Paulus, Gotthart: Anmerkung zu einem BGH-Urteil, JZ 1951 S. 686.

Paulus, Gotthart: Die Behelfe des Sicherungseigentümers gegen den Vollstreckungszugriff, Zeitschrift für Zivilprozeß (ZZP) Bd. 64 (1951) S. 169 ff.

Paulus, Gotthart: Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) Bd. 155 (1956) S. 277 ff.

Pawlowski, Hans-Martin: Die Aufgaben des Richter bei der Bestimmung des Verhältnisses von Recht, Sittlichkeit und Moral, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 1964 S. 503 ff.

Planck, Gottlieb: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II 1, 3. Aufl. Berlin 1907; Bd. I, 4. Aufl. Berlin 1913, Bd. II 1, 4. Aufl. Berlin 1914, Bd. II 2, 4. Aufl. Berlin 1928 (Bearbeiter in den Zitaten angeführt).

Prot.: Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches. Im Auftrage des Reichsjustizamtes bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn, Bd. I - V Berlin 1897 - 1899.

Prot. ADHGB: s. unter J. v. Lutz.

Przibilla: Zur Behandlung der Sicherungsverträge in Rechtsprechung und Gesetzgebung, JW 1911 S. 300 ff

Raisch, Peter: Methodische Bedenken Generalklauseln im Kartellrecht am Beispiel der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, JZ 1965 S. 625 ff

Raiser, Ludwig: Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: "Summum ius summa iniuria", Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 9 1963 S. 145 ff

Raiser, Ludwig: Vertragsfreiheit heute, JZ 1958 S. 1 ff

Rasner, Henning: Die atypische stille Gesellschaft, ein Institut des Gesellschaftsrechts, Bielefeld 1961 (Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozeßrecht Nr. 11)

Rehbein: Zur Behandlung der Sicherungsverträge in Rechtsprechung und Gesetzgebung, JW 1910 S. 605

Reichstagsvorlage: Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1896

RGRK - BGB: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl. Berlin 1959 (Bearbeiter in den Zitaten angeführt)

RGRK - HGB: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Früher hrsg. von Mitgliedern des Reichsgerichts, Bd. II (§§ 105 - 177, §§ 335 - 342 HGB) 2. Aufl. Berlin 1950, bearbeitet von Otto Weipert

Richter, Ernst-Günther: Enthält § 419 BGB einen subjektiven Tatbestand? MDR 1953 S. 469

Ritter, Karl: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. Berlin/München 1932

Rosenberg, Leo: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. Berlin/München 1961

Rospatt: Zur Vermögensübernahme nach § 419 BGB, Juristische Rundschau (JR) 1934 S. 49 ff u. 61 ff.

Roth - Stielow: Sittenwidrige Sammelsicherungen und Grundpfandrechte, NJW 1956 S. 1584

v. Savigny, Friedrich Carl: System des heutigen Römischen Rechts, Vierter Band, Berlin 1841

Scheer, Johannes: Das Ende der Sicherungsübereignung als Kreditunterlage? NJW 1956 S. 410

Schlegelberger, Franz - Geßler, Ernst: Handelsgesetzbuch, Bd. II 4. Aufl. Berlin 1963

Schlosser, Wolfgang: Sittenwidrigkeit der Sicherungsübereignung infolge Schuldnerknebelung und Gläubigergefährdung, Diss. Köln 1959

Schönke, Adolf - Baur, Fritz: Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Ein Lehrbuch, 7. Aufl. Karlsruhe 1963

Schönke, Adolf - Schröder, Horst: Strafgesetzbuch, Kommentar, 12. Aufl. München/Berlin 1965

Schweiger, Karl: Die Sittenwidrigkeit der Sicherungsübereignung, MDR 1953 S. 707 ff

Schwister: Die Schiebung unter Ehegatten, JW 1931 S. 2548 ff

Serick, Rolf: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Monographie in drei Bänden, Bd. I: Der einfache Eigentumsvorbehalt, Heidelberg 1963, Bd. II Teil 1: Die einfache Sicherungsübereignung, Heidelberg 1965

Siebert, Wolfgang: Die Methode der Gesetzesauslegung, Heidelberg 1958

Siebert, Wolfgang: Zur atypischen Gesellschaft, NJW 1953 S. 806

Siller: Das Vermögen als Kreditunterlage, in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruchots Beiträge) Bd. 71 (1931) S. 179 ff

Simits, Konstantin: Gute Sitten und ordre public - Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB - Marburg 1960 (Marburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen A 4)

Soergel, Hans Theodor - Siebert, Wolfgang: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 9. Aufl. Stuttgart 1959 (Bearbeiter in den Zitaten angeführt)

Sprengel, Hans Eberhard: Grenzen zulässiger Kreditsicherung, MDR 1954 S. 257

v. Staudinger, Julius: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl. Berlin 1957 (Bearbeiter in den Zitaten angeführt)

Stein, Erwin: Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung, NJW 1964 S. 1745

Steindorff, Ernst: Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung, in: "Summum ius summa iniuria", Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 9 1963 S. 58 ff

Strohal, Emil: Das deutsche Erbrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. August 1896, 2. Aufl. 1901.

Wachinger: Vorbemerkung über den Kreditbetrug, in: Gerichtssaal Bd. 102 (1933) S. 376 ff.

Wegerhoff, Bruno: Zur Prüfungspflicht bei Sicherungsübereignungen, Der Betrieb (DB) 1955 S. 549.

Westermann, Harry: Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, Karlsruhe 1954 (Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 11).

Westermann, Harry: Sachenrecht, Ein Lehrbuch, 5. Aufl. 1966.

Westerwelle, Heinz: Die Sittenwidrigkeit von Sicherungsübereignungen unter besonderer Berücksichtigung der Gläubigergefährdung, Diss. Köln 1960.

Wieacker, Franz: Gesetz und Richterkunst - zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung - Karlsruhe 1958 (Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 34).

Wieacker, Franz: Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956 (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Nr. 193/194).

Wieacker, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1952.

Wieacker, Franz: Rechtsprechung und Sittengesetz, JZ 1961 S. 337.

Windscheid, Bernhard - Kipp, Theodor: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I und II, 9. Aufl. Frankfurt/M. 1909.

Wolf, Manfred, Der Ersatzberechtigte bei Tatbeständen sittenwidriger Schädigung, NJW 1967 S. 709 ff

Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages (Wien 1912) Bd. 1 (Gutachten) Berlin 1912 , Bd. 3 (Stenographischer Bericht) Berlin 1913.

Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages (Berlin 1955) Bd. 2 (Sitzungsberichte) Tübingen 1956.

Viehweg, Theodor: Topik und Jurisprudenz, 3. Aufl. München 1965

Zippelius, Reinhold: Zum Problem der Rechtsfortbildung, NJW 1964 S. 1981 ff

EINLEITUNG: Die Bedeutung der Konkurrenz zwischen den Anfechtungsvorschriften §§ 29 ff KO, 1 ff AnfG und den Generalklauseln §§ 138 I, 826 BGB.

Ein Schuldner kann durch das Einwirken auf sein Vermögen seine Gläubiger schädigen. Er kann z.B. so viele Vermögensgegenstände ohne Gegenleistung oder gegen ein zu geringes Entgelt veräußern, daß sein Vermögen die Schulden nicht mehr deckt. Derselbe Erfolg kann eintreten, wenn der Schuldner Verbindlichkeiten eingeht, ohne entsprechend wertvolle Gegenleistungen oder Forderungen zu erhalten, oder wenn er bei der Veräußerung zwar einen angemessenen Preis erzielt, das Entgelt aber später verwirtschaftet oder verschoben wird.

Solchen Handlungen die gläubigerschädigende Wirkung zu nehmen, ist hauptsächlich die Aufgabe der Bestimmungen über die Gläubigeranfechtung (§§ 29 ff KO, 1 ff AnfG). Die Rechtsprechung hat sich daneben vielfach mit der Frage auseinandergesetzt, ob und unter welchen Voraussetzungen gläubigerschädigende Rechtsgeschäfte wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 I BGB nichtig sind und wann die Vertragspartner des Schuldners dessen Gläubigern wegen der Teilnahme an solchen Rechtsgeschäften nach § 826 BGB Schadenersatz leisten müssen.

Damit stellt sich die Frage nach der Konkurrenz zwischen den §§ 29 ff KO, 1 ff AnfG einerseits und den §§ 138 I, 826 BGB andererseits. Die Fälle, für die Konkurrenzfrage von Bedeutung ist, lassen sich in zwei Gruppen teilen: teils liegen bei den Rechtshandlungen die Anfechtungsvoraussetzungen vor (a), teils sind sie nicht anfechtbar (b).

a) Auch wenn die gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlungen nach den Vorschriften der Konkursordnung oder des Anfechtungsgesetzes anfechtbar sind, kann für die Anwendung der Generalklauseln §§ 138 I, 826 BGB ein Interesse bestehen. Die §§ 138 I, 826 BGB bieten in mancher Hinsicht Vorzüge gegenüber den Anfechtungsvorschriften.

Sind Sicherungsverträge nach § 138 BGB unwirksam, so erstreckt sich nach h.M. die Nichtigkeit auch auf das dingliche Geschäft, da gerade die dingliche Sicherung die Sittenwidrigkeit begründet.[1] Die ungesicherten Gläubiger können deshalb nach wie vor die vom Schuldner vergebenen Sicherungen in Anspruch nehmen, und zwar nach § 43 KO auch, wenn der Sicherungsnehmer seinerseits in Konkurs gefallen ist (Doppelkonkurs). Die Gläubigeranfechtung dagegen gibt nach h.M. lediglich schuldrechtliche Ansprüche[2] gegen den Anfechtungsgegner, die im Konkurs des Anfechtungsgegners nur anteilig erfüllt werden. Im Doppelkonkurs ist deshalb die Anwendung des § 138 I BGB für die Gläubiger des Sicherungsgebers günstiger.

Auch hinsichtlich der Frist für die Geltendmachung bieten die §§ 138 I, 826 BGB Vorteile. Die Gläubigeranfechtung im Konkurs kann nur binnen Jahresfrist seit der Eröffnung des Verfahrens erfolgen (§ 41 I KO). Die Absichtsanfechtung außerhalb des Konkurses ist nur binnen zehn Jahren seit der Vornahme der anfechtbaren Handlung oder seit dem Zeitpunkt zulässig, in welchem der Gläubiger den vollstreckbaren Schuldtitel erlangt und seine Forderung fällig ist (§ 12 AnfG). Die Ansprüche aus der Nichtigkeit des Vertrages (§§ 138 I, 985 BGB) unterliegen dagegen lediglich der 30jährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB. Schadenersatzansprüche aus unerlaubter Handlung (§ 826 BGB) verjähren nach § 852 BGB in drei Jahren. Schadenersatzansprüche aus einer kurz vor der Konkurseröffnung begangenen gläubigerschädigenden Handlung können danach länger geltend gemacht werden als die Anfechtungsansprüche aus dieser Handlung.

Ansprüche aus der Nichtigkeit des Vertrages (§ 138 BGB) sind ferner deshalb einfacher durchzusetzen, weil bei ihnen nicht noch wie bei den Anfechtungsansprüchen der weitere Beweis der tatsächlich eingetretenen Benachteiligung geführt werden muß.

---

1) Staudinger-Coing § 138, 18 gg; Erman-Westermann § 138, 9; ebenso, aber mit anderer Begründung Serick I § 4 II 6 a

2) Auf die Frage nach der Natur des Anfechtungsanspruches (dinglich, haftungsrechtlich, schuldrechtlich, bereicherungsrechtlich - vgl. Jaeger-Lent, Vor §§ 29 - 42 Anm. V; Paulus AcP 155, 277 ff; v. Caemmerer, Rabelfestschrift I S. 367) braucht in dieser Arbeit nicht eingegangen zu werden. Das Konkurrenzproblem tritt für die verschiedenen Auffassungen in gleicher Weise auf.

Endlich können die Schadenersatzansprüche aus § 826 BGB umfangreicher sein als die Anfechtungsansprüche. Durch eine anfechtbare Rechtshandlung wird oft die Vollstreckung verzögert. Der geschädigte Gläubiger kann seine Forderung erst nach einem Anfechtungsprozeß durchsetzen. Durch diese Verzögerung können Schäden entstehen, z.B. wenn der Preis für den anfechtbar veräußerten Gegenstand inzwischen gefallen ist oder wenn inzwischen der Konkurs eröffnet wird und der Gläubiger nur noch die Konkursquote erhält.[1] Dieser Verzögerungsschaden ist nach den Anfechtungsvorschriften nicht zu ersetzen; sie eröffnen lediglich wieder die vereitelte Vollstreckungsmöglichkeit (§§ 37 KO, 7 AnfG). Außerdem kann z.B. durch eine anfechtbare Verschleuderung von Waren die Zahlungsfähigkeit vorübergehend wiederhergestellt werden. Dadurch können die Gläubiger veranlaßt werden, dem späteren Gemeinschuldner noch Kredit zu gewähren. Ihnen ist im Konkurs wenig damit gedient, wenn mit Hilfe der Anfechtung die Konkursquote erhöht wird. Nach § 826 BGB können sie unter Umständen verlangen, so gestellt zu werden, als hätten sie die Konkursgefahr gekannt und deshalb mit dem späteren Gemeinschuldner keine Verträge mehr abgeschlossen.

Es ist deshalb wichtig, ob die §§ 138, 826 BGB stets oder nur unter bestimmten Voraussetzungen neben den Anfechtungsvorschriften angewendet werden können. - Nach der herrschenden Meinung[2] ist für die Anwendung der §§ 138, 826 BGB kein Raum, wenn nur die Anfechtungsvoraussetzungen vorliegen. Nur wenn weitere Umstände, insbesondere gesteigerte Aktivität des Anfechtungsgegners, hinzuträten, kämen die Nichtigkeit und die Schadenersatzpflicht in Betracht.

b) Die Konkurrenzfrage tritt aber auch auf, wenn die gläubigerschädigenden Rechtshandlungen nicht die gesetzlichen Anfechtungsvoraussetzungen erfüllen. Sollen auf diese Fälle der Gläubigerbenachteiligung die Generalklauseln angewendet werden, so muß vorher geprüft werden, ob die Anfechtungsvorschriften eine abschließende Regelung enthalten, und wenn ja, für welchen Kreis der gläubigerschädigenden Rechtshandlungen die abschließende Regelung gilt. Sind die Anfechtungsnormen der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes Spezialvorschriften für den gesamten Kampf um das schuldnerische Vermögen, die

---

1) Bindseil S 87 f

2) RG 19.9.1910 RGZ 74, 224 ff, 226; BGH 2.7.1958 KTS 1958, 184 = FamRZ 1958, 414; BGH 25.2.1966 WM 1966, 584

die Rechtsfolgen der Generalklauseln verdrängen (Konsumtion der Generalklauseln durch Spezialnormen) [1], so können die gläubigerschädigenden Rechtshandlungen, die nicht anfechtbar sind, auch nicht mit den §§ 138 I, 826 BGB geahndet werden. Nur weitere Umstände, die zu den Anfechtungsvoraussetzungen hinzutreten, können zur Nichtigkeit und zur Schadenersatzpflicht nach den genannten Vorschriften führen. Die Generalklauseln können jedoch ohne das Vorliegen der Anfechtungsvoraussetzungen auf gläubigerschädigende Rechtshandlungen angewendet werden, wenn die Anfechtungsvorschriften nicht für alle, sondern nur für bestimmte Arten von gläubigerschädigenden Rechtshandlungen eine spezielle Regelung enthalten (begrenzte Konsumtion der Generalklauseln durch Spezialnormen).

Die Rechtsprechung wendet die §§ 138 I, 826 BGB auf gläubigerschädigende und gläubigergefährdende Sicherungs- und Tilgungsverträge (Tilgung durch Abtretung künftiger Forderungen) an, ohne zuvor zu prüfen, ob die Anfechtungsvoraussetzungen gegeben sind, und ohne Ausführungen darüber zu machen, für welchen Kreis von gläubigerschädigenden Rechtshandlungen die gesetzliche Anfechtungsregelung gilt. Damit scheint die Rechtsprechung von einer Kumulation der Anfechtungsvorschriften und der §§ 138 I, 826 BGB oder zumindestens von einer nur teilweise abschließenden Wirkung der Anfechtungsregelung auszugehen. Sie stimmt damit nicht überein mit der herrschenden Meinung in den Fällen, bei denen die Anfechtungsvoraussetzungen gegeben sind (oben unter a). Darauf berufen sich die Autoren, die die Rechtsprechung zu den großen Sicherungsverträgen ablehnen und für eine weitgehende Wirksamkeit der Verträge eintreten. [2]

Es sollen deshalb im folgenden zunächst allgemein das Verhältnis zwischen den Anfechtungsnormen (§§ 29 ff KO, 1 ff AnfG) und den §§ 138 I, 826 BGB sowie der Wirkungskreis der Anfechtungsregelung untersucht werden. Dabei wird sich ergeben, daß die Anfechtungsvorschriften Spezialnormen sind, die vom Gesetzgeber als abschließende Regelung für den gesamten Kampf um das schuldnerische Vermögen gedacht waren (Konsumtion) (1. Teil).

---

1) vgl. allgemein zur Konkurrenzfrage Enneccerus-Nipperdey 1. Halbband § 60
2) Lange NJW 1950 S. 568; Westermann, Interessenkollisionen S. 27; Barkhausen NJW 1955 S. 1272

Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Auslegung des Begriffes "gute Sitten" in den §§ 138 I, 826 BGB. Nach ihrer ursprünglichen Zielsetzung sind diese Normen auf gläubigerschädigendes Verhalten, das nicht die Anfechtungsvoraussetzungen erfüllt, nicht anzuwenden. Daraus folgt: Die Anwendung der §§ 138 I, 826 BGB auf Sicherungs- und Tilgungsverträge, die nicht nach den Vorschriften der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes anfechtbar sind, ist nur wegen veränderter Umstände zu rechtfertigen. Sie können darin bestehen, daß die Sicherungsübertragung, die den Gesetzgebern Ende des vorigen Jahrhunderts wegen des Entwurfes des BGB bedeutungslos erschien, inzwischen anerkannt ist. Die Anwendung der Generalklauseln dient in diesen Fällen der Rechtsfortbildung. Dem ist bisher wenig Aufmerksamkeit geschenkt worden. Dieser Umstand ist aber für die Auslegung der §§ 138, 826 BGB auf gläubigerschädigende Rechtshandlungen von Bedeutung. Die Rechtsfortbildung im Rahmen der Generalklauseln muß sich an dem Gesamtbild des geltenden Rechts ausrichten (2. Teil).

Um vergleichen zu können, welche gesetzlichen Regelungen der Interessenlage der noch nicht gesetzlich geregelten Fälle entsprechen, muß die Struktur der Fälle aufgezeigt werden. Es wird sich erweisen, daß es sich bei den Sicherungs- und Tilgungsverträgen weitgehend um dieselben Probleme handelt wie bei der gesetzlich geregelten Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung. Das muß bei der Subsumtion dieser Verträge unter die Generalklauseln beachtet werden (3. Teil).

Die Rechtsprechung hat das bisher nicht getan. Sie hat sich vielmehr - ihrer Aufgabe entsprechend - bemüht, den Einzelfall unter Berücksichtigung seiner besonderen Umstände gerecht zu entscheiden. Dabei haben sich jedoch im Laufe der Zeit bestimmte Fallgruppen herausgebildet (4. Teil).

Es soll versucht werden zu zeigen, daß die meisten Ergebnisse der Rechtsprechung als notwendige Rechtsfortbildung der Gläubigeranfechtung mit Hilfe der Generalklauseln systematisch begründet werden können. Damit lassen sich verschiedene Resultate der Rechtsprechung präzisieren und ergänzen (5. und 6. Teil).

1. TEIL: Das Verhältnis der Anfechtungsvorschriften (§§ 29 ff KO, 1 ff AnfG) zu den Generalklauseln §§ 138 I, 826 BGB.

I. Die Anfechtungsvorschriften als abschließende Regelung

1.) im Verhältnis zu § 138 BGB:

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ging dahin, Rechtsgeschäfte seien nicht nach § 138 BGB nichtig, wenn sie lediglich in der dem anderen bekannten Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen worden seien und ihnen kein anderer Mangel anhafte. Das ergebe sich daraus, daß §§ 31 Nr. 1 KO, 3 Abs. 1 Nr. 1 AnfG "Sonderbestimmungen" seien [1].

Dieser Ansicht lag folgender Gedanke zugrunde: Bis zum Inkrafttreten des BGB ergab sich nur aus der Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetz, wann eine Rechtshandlung wegen Gläubigerschädigung anfechtbar war und welche Rechtsfolgen das hatte. Reichseinheitliche Bestimmungen darüber, wann Rechtsgeschäfte wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten oder gegen die Gesetze nichtig waren, gab es noch nicht. Selbst für den Fall, daß der Gemeinschuldner und der Anfechtungsgegner nach §§ 239 oder 241 KO bei der anfechtbaren Rechtshandlung in strafbarer Weise zusammenwirken, sieht die Konkursordnung nur die Anfechtbarkeit, aber keine andere Rechtsfolge (Nichtigkeit) vor. Da nach Art. 32 EG BGB die Vorschriften der Reichsgesetze in Kraft blieben, folgerte das Reichsgericht, an dem alten Rechtszustand habe sich nichts geändert. Aus beiden Gesetzen in Verbindung mit Art. 32 EG BGB ergäbe sich, daß die Konkursordnung und das Anfechtungsgesetz nicht nur gleichberechtigt neben dem BGB bestünden. Sofern die alten Gesetze Sonder-

---

1) RG 15.12.1903 RGZ 56, 229, 230; RG 28.4.1908 RGZ 69, 143 ff, 146

bestimmungen enthielten, seien allein sie und nicht die Grundsätze des BGB für die hiervon betroffenen Rechtsverhältnisse maßgebend.[1)]

Die Frage, ob ein anfechtbares Geschäft als solches gegen die guten Sitten verstoße, wird teils bejaht[2)], teils verneint[3)] und in den meisten Entscheidungen offengelassen[4)]. Einig sind sich aber alle Urteile darin, daß jedenfalls nicht die in §§ 134, 138 BGB normierten Folgen des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten einträten, denn dadurch würden die Anfechtungstatbestände überflüssig. Die Nichtigkeit sei, wenn die Kenntnis der Benachteiligungsabsicht feststehe, andernfalls leichter zu beweisen als die Anfechtbarkeit, da nicht noch der weitere Beweis der tatsächlich eingetretenen Benachteiligung geführt werden müsse.

Das Reichsgericht sagt zusammenfassend[5)]:

> "Da dem Gesetzgeber, der das BGB und die Konkursordnung sowie das Anfechtungsgesetz in ihrer jetzigen Gestalt zu gleicher Zeit hat in Kraft treten lassen, nicht zugetraut werden kann, daß er völlig überflüssige Bestimmungen hat treffen wollen, so sind die Vorschriften des BGB einerseits und der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes andererseits in der Weise miteinander zu vereinigen, daß, wenn die fraudulösen Geschäfte des § 31 Nr. 1 KO und des § 3 Nr. 1 AnfG gegen die guten Sitten und gesetzliche Verbote verstoßen sollten, mit diesem Mangel nach dem Willen des Gesetzgebers in Ausnahme von den Bestimmungen der §§ 134, 138 BGB nicht die Nichtigkeit, sondern nur die Anfechtbarkeit jener Rechtsgeschäfte verknüpft sein soll."

Der Bundesgerichtshof[6)] und die Literatur[7)] haben sich der Rechtsprechung des Reichsgerichts ohne Kritik angeschlossen.

---

1) RGZ 56, 230; RGZ 69, 146
2) RG 25.4.1914 JW 1914, 834 f
3) RGZ 56, 230
4) RGZ 69, 145; RG 23.6.1904 JW 1904, 499, 500; RG 8.10.1909 JW 1909, 697 f; RG 14.6.1912 JW 1912, 854 Nr. 5
5) RG 28.4.1908 RGZ 69, 143 ff, 146, 147
6) BGH 2.7.1958 KTS 1958, 184 = FamRZ 1958, 414: (Leitsatz) Neben der Anfechtbarkeit nach § 3 Nr. 1 AnfG besteht für eine Nichtigkeit nach §§ 134, 138 BGB oder eine Schadenersatzpflicht nach §§ 823, 826 BGB kein Raum.
Ähnlich sind die Urteile vom 16.10.1958 (WM 1959, 115, 117), vom 5.11.1964 (WM 1965, 84, 86) und vom 25.2.1966 (WM 1966, 584): Wegen der Vorschriften über die Gläubigeranfechtung bestehe in der Regel kein Bedürfnis, wegen Gläubigergefährdung einen Vertrag für den Schuldner, der bei dieser Gefährdung mitgewirkt habe, als nicht verbindlich anzusehen; anders liege es bei § 826 BGB.
7) Planck-Flad § 138 Anm. 2 g; Staudinger-Coing § 138 Anm. 18 uu; Jaeger, KO (6/7) § 29 Anm. 5; Mentzel-Kuhn, § 29 Anm. 13 (S. 201 unten); weitere Nachweise bei Bindseil S. 32 Anm. 117

Gegen die Begründung des Reichsgerichts sind in jüngster Zeit von Bindseil Bedenken erhoben worden. Im Ergebnis kommt er aber auch zur Spezialität der Anfechtungsregelung gegenüber § 138 BGB.[1] Man könne nicht sagen, § 138 gewähre stets einen besseren Rechtsbehelf. Wenn der Anfechtungstatbestand nach §§ 31 Nr. 1 KO, 3 Nr. 1 AnfG an sich schon sittenwidrig sei, sei die Beweislage für § 138 zwar besser, weil nicht noch die eingetretene Benachteiligung nachzuweisen sei. Auch die Fristen und das Verfahren der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes brauchten bei der Nichtigkeit nach § 138 nicht eingehalten zu werden. Weiterhin ergäben sich im Doppelkonkurs (Konkurs des Schuldners und des Anfechtungsgegners) Vorteile für die Gläubiger des Schuldners. Werde die anfechtbar veräußerte Sache aber verschlechtert oder gehe sie unter, so könne nur nach der Anfechtungsregelung ohne den Nachweis eines Verschuldens vom Anfechtungsgegner Ersatz verlangt werden.

Die Spezialität der Absichtsanfechtung ergäbe sich aber aus folgendem: §§ 31 KO, 3 AnfG und § 138 BGB dienten demselben Bedürfnis. Ein bestimmter Gegenstand solle der Zwangsvollstreckung des geschädigten Gläubigers wieder erschlossen werden. Dieses Ziel werde auf verschiedenen Wegen erreicht. Nach § 138 BGB erfolge die Vollstreckung nach wie vor in das Eigentum des Schuldners, nach §§ 31 KO, 3 AnfG - von der herrschenden schuldrechtlichen Theorie aus gesehen - in das Vermögen des Anfechtungsgegners. Könnten beide Bestimmungen nebeneinander angewendet werden, würde dadurch das System der Anfechtungsregelung verwässert. Der Anfechtungsanspruch würde dann nur auf die formale Besitzposition gehen. Das lasse eine Kumulation fragwürdig erscheinen. § 138 BGB solle nur dort eingreifen, wo ausdrückliche gesetzliche Regelungen fehlten, nicht aber, wo die starre Nichtigkeitsfolge aus bestimmten Gesichtspunkten durch angemessenere Rechtsfolgen ersetzt sei.

Aus diesen zutreffenden Ausführungen ergibt sich, daß die Anfechtungsbestimmungen § 138 BGB ausschließen.

2.) Die Anfechtungsvorschriften als abschließende Regelung im Verhältnis zu § 826 BGB.

Das Reichsgericht hat die §§ 31 KO, 3 AnfG als Spezialgesetze auch gegenüber den §§

---

1) Bindseil S. 53 f

823, 826 BGB angesehen und zur Begründung lediglich auf die Entscheidungen zu § 138 BGB verwiesen[1]. Das war folgerichtig. Das Reichsgericht ging von der Deliktsnatur des Anfechtungsanspruchs aus[2]. Die §§ 31 Nr. 1 KO, 3 Nr. 1 AnfG waren deshalb als Bestimmungen über mißbräuchliche Rechtshandlungen Sonderregelungen gegenüber der allgemeinen Norm des § 826 BGB, die den Mißbrauch der Handlungsfreiheit allgemein untersagt.

a) Die Auffassung von der Deliktsnatur der Anfechtungstatbestände ist heute überholt. Insbesondere Jaeger[3] hat darauf hingewiesen, daß die Rückgewährpflicht aus §§ 7 AnfG, 37 KO auch bei den Tatbeständen der Absichtsanfechtung völlig unbeeinflußt und unabhängig vom Willen des Anfechtungsgegners entstehen kann. Das Gesetz verlangt nur die Kenntnis von der Benachteiligungsabsicht, nicht aber irgendeine Form der Mitwirkung. Als Beispiele führt Jaeger an: Der Schuldner vernichtet einen Wechsel in der dem Akzeptanten erklärten Absicht der Gläubigerbenachteiligung; er leistet einen einseitig gültigen Verzicht auf ein Recht, z.B. eine Grundstücksbelastung, oder er unterläßt die Einlegung eines Rechtsmittels, nachdem er den dadurch Begünstigten von seiner Benachteiligungsabsicht in Kenntnis gesetzt hat.[4]

b) Ortlieb[5] hat deshalb das Verhältnis der Anfechtungstatbestände zu den unerlaubten Handlungen so gedeutet: Der Anfechtungsanspruch habe an sich keine Deliktsnatur. Schließe

---

1) RG 8.10.1909 JW 1909, 697 (Nr. 32);
RG 26.11.1909 JW 1910, 38 f

2) RGZ 21, 425; 48, 402; 84, 253: In diesen Entscheidungen geht es um den Gerichtsstand für unerlaubte Handlungen - § 32 ZPO - .

3) Jaeger KO (6/7) § 29 Anm. 4; weniger ausführlich Jaeger-Lent Vor §§ 29 - 42 Anm. V.

4) Daß nicht stets Mitwirkung des Anfechtungsgegners erforderlich sei, galt schon für die römisch-rechtliche actio pauliana; das gemeine Recht ging aber dennoch von der deliktischen Natur der Klage aus (RGZ 21, 425). Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II § 463 Anm. 15 (S. 1009): Für die actio pauliana gelte das gleiche wie für die actio doli, die Klage auf Ersatz des durch Arglist entstandenen Schadens (§ 451 S. 960). Die Quellen wendeten die Kategorie des dolus teils geradezu an. Allerdings passe sie in den Fällen nicht, wo der Erwerber zur Entäußerung nicht mitgewirkt habe. Aber die Quellen enthielten keine Andeutung davon, daß in diesen Fällen die scientia anders zu behandeln sei als in den Fällen, in denen sie geradezu dolus sei.

5) Ortlieb, Archiv f. bürgl.Recht Bd. 30 (1907) S. 32 ff 34, 36, 37

der Anfechtungsgegner aber einen Vertrag mit dem Schuldner, obwohl er dessen Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, kenne, so mache er sich diese Absicht zu eigen. Er schädige damit die Gläubiger vorsätzlich in sittenwidriger Weise. In diesem Fall bestünden der Anfechtungs- und der Schadenersatzanspruch nebeneinander.

Eine ähnliche Auffassung vertritt Bindseil[1]: Beide Ansprüche, der Anfechtungs- und der Schadenersatzanspruch, sollten nur einen schuldrechtlichen Ausgleich herbeiführen, die Wirkungen des Geschäfts ließen sie aber im Gegensatz zu § 138 BGB unberührt. Durch eine Kumulation beider Normen, also dadurch, daß keine Norm die Anwendung der anderen ausschließe, werde das System der Gläubigeranfechtung nicht verwässert.

Außerdem verfolgten beide Vorschriften verschiedene Zwecke. Durch die Anfechtung solle die Vollstreckungsmöglichkeit wieder eröffnet werden. Dieses Ziel werde rigoros und ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Anfechtungsgegners durchgeführt, sei aber beschränkt auf die Verwertung des der Rückgewähr unterworfenen Gegenstandes bis zur Höhe des Anspruchs gegen den Schuldner. Der Schadenersatzanspruch solle dagegen einen Schadensausgleich für widerrechtliches, schuldhaftes Verhalten des Schadensverursachers gewähren. Er könne also auch einen weiteren, durch die Verzögerung der Vollstreckung entstandenen Schaden umfassen. Der Anfechtungsgegner sei dem anfechtenden benachteiligten Gläubiger gegenüber wie jedem Dritten zur Innehaltung bestimmter Rechtspflichten, also auch zur Vermeidung sittenwidriger vorsätzlicher Schädigungen, verpflichtet; es sei nicht einzusehen, weshalb sich diese Pflicht durch das Dazwischentreten des Schuldners ändern könne.[2]

Man müsse deshalb von der grundsätzlichen Kumulation der Ansprüche ausgehen.

Dieser Kritik liegen folgende Überlegungen zugrunde: Die Anfechtungsregelung steht der Bestimmung des § 138 BGB systematisch näher. Beide Normen sprechen dem Rechtsgeschäft Wirkungen ab; dabei ist es gleichgültig, welche Wirkungen die Anfechtungsregelung dem Geschäft versagen will: ob sie das Geschäft gar nicht anerkennen will, ob nur eine schuldrechtliche Rückabwicklung stattfinden soll oder ob dem Geschäft die regelmäßigen haftungsrechtlichen Folgen eines Verfügungsgeschäfts versagt werden. Ein Schadenersatzanspruch besteht dagegen unabhängig von der Wirkung des Rechtsgeschäfts.

---

1) Bindseil S. 86 - 88
2) Bindseil S. 91, 92

Deshalb ist z.B. zum Verhältnis der §§ 123, 124 BGB zu den §§ 138, 826 BGB anerkannt: Liegt nur der Tatbestand des § 123 vor, so ist ein Rechtsgeschäft nicht wegen Sittenverstoßes nach § 138 nichtig, sondern kann lediglich nach §§ 123, 124 innerhalb eines Jahres angefochten werden.[1] Der Gesetzgeber hat in den §§ 123, 124 abschließend geregelt, wie die Täuschung oder Drohung sich auf die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts auswirken können.

Anders ist das Verhältnis der §§ 123, 124 zu den §§ 823, 826: Früher wurde zwar die Ansicht vertreten, §§ 123, 124 seien auch Spezialvorschriften gegenüber §§ 823, 826.[2] Nicht nur auf Grund der Anfechtungsbestimmungen, sondern auch mit dem Schadenersatzanspruch nach §§ 823, 826, 249 BGB könne man die Rückgängigmachung eines durch Betrug oder Drohung veranlaßten Vertrages verlangen. Deshalb sei davon auszugehen, "daß der § 124 BGB, insofern er eine Auflösung des durch Betrug zustandegekommenen Vertrages nur bei rechtzeitiger Anfechtung zulasse, eine Spezialvorschrift enthalte, die als solche nach allgemeinen Auslegungsregeln die Geltung der allgemein lautenden Vorschriften der §§ 249, 826 BGB einschränke". Andernfalls würde § 124 überhaupt gegenstandslos. Das Reichsgericht[3] hat aber, der Kritik der Literatur folgend, diese Ansicht aus folgenden Gründen aufgegeben: Die verschiedenen Wirkungen des Schadenersatz- und des Anfechtungsanspruchs zeigten sich z.B. bei einer unter Drohung oder Täuschung vorgenommenen Eigentumsübertragung. Der Getäuschte oder Gezwungene könne nach der Anfechtung sein Eigentum gegen jeden Dritten geltend machen, sofern nicht dieser durch die Grundsätze über den Erwerb im guten Glauben geschützt werde.[4] Der Anspruch auf Schadenersatz und die schuldrechtliche Verpflichtung zur Wiederherstellung des früheren Zustandes verhelfe dem geschädigten Eigentümer nur dann wieder zu seiner Sache, wenn der schädigende Vertragspartner sie noch habe. Sonst habe der frühere Eigentümer nur einen Zahlungsanspruch. Es sei deshalb sinnvoll, daß das Gesetz die weitergehende dingliche Wirkung der Anfechtung an die Einhaltung der Frist des § 124 BGB binde.[5] Es sei aber kein Grund ersichtlich, deshalb auch die gewöhnlichen Deliktsfolgen dem Betrüger oder dem Drohenden

---

1) RG 11.1.1927 RGZ 115, 378, 383; BGH 8.3.1966 WM 1966, 585, 589
2) RG 2.5.1906 RGZ 69, 268, 270
3) RG 6. 2. 1914 RGZ 84, 131 ff, 133, 134
4) Planck-Flad (4) § 123 IX 1 a
5) Planck-Flad (4) § 123 IX 1 a

gegenüber zu mildern.[1)]

Diese Parallele zeigt, daß zwischen den Fragen unterschieden werden muß, ob ein Rechtsgeschäft wirksam ist und ob mit dem Abschluß dieses Rechtsgeschäfts eine unerlaubte Handlung begangen wird. Dieser Gedanke kann auch für das Verhältnis der Gläubigeranfechtung zu den Schadenersatzansprüchen von Bedeutung sein.

c) Eine strenge Trennung beider Bereiche ist vom Gesetz aber nicht stets durchgeführt. Die Normen, die sich mit den Wirkungen der Rechtsgeschäfte befassen, können auch etwas über die Haftung für unerlaubte Handlungen aussagen.

So liegt es bei der Anfechtungsregelung. Sie wird heute nicht mehr als unerlaubte Handlung angesehen, sondern als "das wichtigste Instrument zur Ausbalancierung des Verhältnisses von Haftungsordnung und Verfügungsmacht". Die grundsätzlich freie Verfügungsmacht des Schuldners über sein Vermögen soll durch sie zum Schutz der Gläubiger den Mindestbedingungen einer funktionsfähigen Haftungsordnung entsprechend abgegrenzt werden. Dem Empfänger muß eine Erwerbsschmälerung zugunsten des Schuldners "nicht gerade unzumutbar sein".[2)]

Die gesetzliche Regelung sieht diese Abgrenzung so: Der Erwerber verdient keinen Schutz, wenn er entweder Kenntnis davon hat, daß der Schuldner seine Verfügungsmacht zum Nachteil der Haftungsordnung mißbraucht (Absichtsanfechtung), oder wenn er unentgeltlich erwirbt.

Durch diese zwei Merkmale: Kenntnis der "Nichtberechtigung" oder Unentgeltlichkeit, wird auch der Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten eingeschränkt. Auf die starre Systematik des BGB ist es zurückzuführen, daß dabei verschiedene Wege eingeschlagen werden. Entweder wird der Eigentumsübertragung die dingliche Wirkung versagt (§ 932), oder es be-

---

1) RGZ 84, 134; ebenso schon vorher die Literatur: Planck-Flad aaO; Oertmann, Allg. Teil (3) 1927, § 124,4 (ebenso schon die 2. Aufl.);
RG 29. 3. 1912 RGZ 79, 194 ff, 197 weist darauf hin, daß nach Ablauf der Anfechtungsfrist des § 124 der anfechtbare Vertrag nicht erfüllt zu werden brauche; das ergäbe sich mittelbar aus § 853.

2) Paulus ZZP Bd. 64 (1951) S. 169 ff, 193 f; AcP Bd. 155 (1956) S. 277 ff, 314

steht nur ein schuldrechtlicher Rückgewähranspruch. Jedoch zeigt sich auch hier, daß die Normen über die Wirksamkeit eines Vertrages auch die Haftung für unerlaubte Handlungen beeinflussen. Wer auf Grund guten Glaubens Eigentum erwirbt, ist nicht zum Schadenersatz verpflichtet, auch wenn er dadurch leicht fahrlässig das Eigentum eines anderen verletzt hat. Bei redlichem Grundstückserwerb begründet selbst grobe Fahrlässigkeit des Erwerbers keinen Schadenersatzanspruch. Das Reichsgericht[1] hat zu § 892 BGB entschieden: Die Bedeutung dieser Vorschrift beschränke sich nicht auf die Frage der Wirksamkeit der dinglichen Rechtsgeschäfte. Durch ihre allgemeine Fassung weise die Norm darauf hin, daß der redliche Erwerber sich schlechthin auf die Richtigkeit des Grundbuchs verlassen könne, daß er also gegen jeden Anspruch des Berechtigten geschützt sei.[2] Das muß auch für den gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen nach § 932 BGB gelten.[3] Wollte man hier schon bei leichter Fahrlässigkeit Ansprüche gegen den Erwerber zulassen, so würde der Zweck des § 932, den Rechtsverkehr zu schützen, vereitelt.[4] Auch die Anfechtungsregelung trägt dem Verkehrsschutz Rechnung.[5] Fehlen die Voraussetzungen der Absichtsanfechtung (Kenntnis der Benachteiligungsabsicht), so scheidet auch eine Anwendung der §§ 138, 826 BGB aus.[6]

Liegt jedoch der Anfechtungstatbestand und nur er vor, könnte in Parallele zu den Ansprüchen aus § 985 BGB (wegen fehlgeschlagenen gutgläubigen Erwerbs) und aus §§ 823, 826 BGB auch neben dem Anfechtungsanspruch eine Haftung wegen unerlaubter Handlung bestehen. Dabei ist aber zu bedenken: Bei anfechtbaren Geschäften verfügt ein Berechtigter. Nur seinen Gläubigern gegenüber mißbraucht er sein Recht. Die Verfügung ist deshalb nicht sogleich (wie bei § 932 BGB) oder nach Ausübung einer formalen Handlung

---

1) RG 13. 5. 1914 RGZ 85, 58 ff, 63, 64
2) RG 7. 7. 1917 RGZ 90, 395 ff, 397, 398; RG 1. 6. 1927 RGZ 117, 180 ff, 189; Planck-Flad (4) 1928, § 823 B II 1 e gamma
3) Heck, Grundriß des Sachenrechts § 58 IV 2 (S. 249 zu § 932), § 43 IV 4 (S. 180 zu § 892)
4) Heck § 58 IV 2 (S. 249)
5) Westermann, Interessenkollisionen S. 51 Anm. 89 weist auf die Gleichartigkeit der Probleme beim gutgläubigen Erwerb und bei der Haftung des Sicherungsnehmers nach §§ 138, 826 BGB hin.
6) Etwas anderes muß allerdings gelten, wenn Umstände hinzutreten, die vom Gesetzgeber der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes nicht berücksichtigt worden sind; vgl. unten 2. Teil II.

(wie bei § 123 BGB) unwirksam. Der Anfechtungsanspruch entsteht erst, wenn eine weitere Voraussetzung, die Benachteiligung der Gläubiger, hinzukommt, denn durch die anfechtbare Rechtshandlung wird nicht unmittelbar in Rechte der Gläubiger eingegriffen. Die Forderung gegen den Schuldner bleibt ihnen. Sie behalten grundsätzlich eine Befriedigungsmöglichkeit am jeweils vorhandenen Vermögen des Schuldners. Es wird nur diese Befriedigungsmöglichkeit geschmälert. Dazu ist der Schuldner aber - in den Grenzen der Anfechtungsregelung - grundsätzlich berechtigt. Man kann deshalb nicht sagen, der Anfechtungsgegner habe unabhängig davon, ob in die Rechtssphäre der Gläubiger über den Schuldner als "Vermittlungsbrücke" eingegriffen werde oder nicht, diesem Gläubiger gegenüber bestimmte Rechtspflichten, deren Verletzung nach § 826 BGB zur Schadenersatzpflicht führen könne.[1] Diese Rechtspflichten ergeben sich gerade erst aus der Anfechtungsregelung. Deshalb konkurriert der Anfechtungsanspruch regelmäßig auch nicht mit § 823 Abs. 1 BGB (es wird kein absolutes Recht des Gläubigers beeinträchtigt) und auch nicht mit § 823 Abs. 2 BGB (die notwendige Teilnahme an Konkursdelikten des Schuldners ist nicht strafbar; ein eigenes Delikt des Anfechtungsgegners ist nur die Schuldnerbegünstigung - § 242 KO -; dabei treten zu den Anfechtungsvoraussetzungen aber weitere Umstände, Tätigwerden im Interesse des Schuldners, hinzu).[2] Es kommt höchstens eine Konkurrenz mit § 826 BGB (Mißbrauch der allgemeinen Handlungsfreiheit) in Frage.

Die Teilnahme am Mißbrauch der Handlungsfreiheit erfolgt bei den Anfechtungstatbeständen aber u.U. in berechtigtem Interesse. Dem Anfechtungsgegner kann kein Vorwurf gemacht werden, wenn er eine kongruente Deckung verlangt oder eine ihm angebotene inkongruente Deckung nicht zurückweist. Ob hier ein Verstoß gegen die guten Sitten anzunehmen ist und welche Rechtsfolgen daraus herzuleiten sind, ist fraglich. Anders als bei der vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Eigentumsverletzung konkurrieren hier nicht das Recht des einen mit dem Erwerbsinteresse eines anderen, sondern das Sicherungs- oder Erwerbsinteresse des Anfechtungsgegners mit dem des Anfechtenden. Die Anfechtungsregelung bestimmt nun, wann das Interesse der ungesicherten Gläubiger den Vorzug hat.

Die Anfechtungsregelung ist deshalb nicht nur abschließend, wenn weniger vorliegt, sondern auch, wenn nur der Anfechtungstatbestand gegeben ist. Der Anfechtungsgegner soll stets nur nach der Anfechtungsregelung haften.

---

1) Bindseil S. 91

2) ausführlich zu diesem Fragenkreis Bindseil S. 92 - 101

Auch Bindseil erkennt an, daß es in solchen Fällen des berechtigten Interesses zu weit gehen würde, den Anfechtungsgegner auch mit jedem weiteren Schaden zu belasten.[1] Er meint aber, ein solcher Schadenersatzanspruch sei nicht durch die Spezialvorschriften, sondern schon durch die fehlende Sittenwirdrigkeit ausgeschlossen, denn ein anderes Verhalten bei der Annahme von Deckungen sei dem Anfechtungsgegner regelmäßig nicht zumutbar. Damit kommt Bindseil aber im wesentlichen zu denselben Ergebnissen, die sich auch bei der Spezialität der Anfechtungsregelung gegenüber § 826 BGB ergeben. Nur im Fall einer inkongruenten, vom Anfechtungsgegner verlangten Deckung nimmt Bindseil einen Schadenersatzanspruch neben dem Anfechtungsanspruch an.

Es wird also eingeräumt, daß der Anfechtungsgegner sich in einer besonderen Situation befindet, die privilegiert werden muß. Dazu ist aber nicht der allgemeine und unsichere Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten geeignet, sondern die fest umrissene Regelung über die Gläubigeranfechtung. Für einzelne Fälle kann keine Ausnahme gemacht werden.

3.) Ergebnis

Die Normen über die Gläubigeranfechtung sind damit Spezialvorschriften, die sowohl § 138 I BGB als auch § 826 BGB ausschließen.

Daraus ergibt sich: Treten bei einer gläubigerschädigenden Rechtshandlung zu dem Tatbestand der Gläubigeranfechtung weitere fremde Momente hinzu, insbesondere Täuschung und arglistiges Verschleiern, so können die §§ 138, 826 angewendet werden, weil zu den Voraussetzungen der abschließenden Normen Gesichtspunkte hinzukommen, die von der Anfechtungsregelung nicht erfaßt werden und so der allgemeinen Bewertung offenstehen.[2]

---

1) Bindseil S. 89, 90.

2) Liegen solche weiteren Voraussetzungen vor, so kann der geschädigte Gläubiger nicht nur den weiteren, sondern den ganzen Schaden beim Anfechtungsgegner geltend machen. Ist der Konkurs eröffnet, so kann das schädigende Ereignis, die Vereitelung der Einzelzwangsvollstreckung, nicht mehr durch Rückgabe der Sache an den Gemeinschuldner ungeschehen gemacht werden. Da der Anfechtungsgegner in sittenwidriger Weise vorsätzlich verhindert hat, daß der Gläubiger seine Forderung noch rechtzeitig außerhalb des Konkurses durchsetzen konnte, muß er nun neben dem Gemeinschuldner nach §§ 826, 830 BGB in Anspruch genommen werden können, und zwar

Liegen die Anfechtungsvoraussetzungen jedoch nicht vor, so entsteht die Frage, ob die Normen über die Gläubigeranfechtung abschließende Spezialvorschriften für den gesamten Kampf um das schuldnerische Vermögen sind oder ob sie nur für bestimmte gläubigerschädigende Rechtshandlungen die Anwendung der §§ 138, 826 BGB ausschließen. Zur Beantwortung müssen die Grenzen der Anfechtungsregelung festgestellt werden.

II. Die Grenzen der Anfechtungsregelung

1.) Grundkonzeption der Absichtsanfechtung: Mißbrauch der Verfügungsmacht durch den Schuldner

Der Grundtatbestand der Gläubigeranfechtung ist die Absichtanfechtung. Ihre Grenzen ergeben sich aus der Auslegung des Begriffs "Absicht" der Gläubigerbenachteiligung.

Der Ausdruck meint jedenfalls nicht das treibende Motiv und den überwiegenden oder ausschließlichen Beweggrund des Handelnden.[1] Eine solche Auslegung würde der Absichtanfechtung ihre praktische Bedeutung nehmen. Nur in seltenen Fällen wird der Schuldner seine Habe aus Bosheit oder Verbitterung mit der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, verschleudern. Meistens will er nur für den Fall des als sicher oder doch als möglich erkannten Zusammenbruchs sich und seiner Familie die Existenzgrundlage retten. Manchmal

---

2) Fortsetzung von Seite 15
auch, wenn und soweit er die Sache zurückgegeben hat. Der Anfechtungsgegner kann, nachdem er in Anspruch genommen worden ist, nach §§ 830, 840, 426 BGB als Konkursgläubiger gegen den Gemeinschuldner vorgehen.
Dagegen meint Bindseil (S. 89, 90), der Anfechtungsgegner habe nur den weiteren Schaden, insbesondere den entgangenen Gewinn, zu ersetzen. Im übrigen werde die Benachteiligung der Masse durch die Rückgewähr gemäß § 37 KO ausgeglichen. Dem Konkurszweck entsprechend verdränge die Gläubigeranfechtung für ihren Bereich den Deliktsanspruch.
Der Konkurszweck erfordert aber nur, daß die Sache zurückgewährt und an alle verteilt und nicht einem Gläubiger zur bevorrechtigten Befriedigung überlassen wird. Er erfordert nicht, daß der Anfechtungsgegner vor direkter Inanspruchnahme durch den geschädigten Gläubiger verschont und seine Haftung beschränkt wird.

Die Bevorzugung des Anfechtungsgegners ergibt sich nicht aus dem Konkurszweck, sondern aus der besonderen Situation des Anfechtungsgegners. Sie tritt deshalb nur dort ein, wo lediglich die Anfechtungsvoraussetzungen vorliegen und damit der Grund für die Privilegierung des Anfechtungsgegners gegeben ist.

1) Jaeger-Lent § 31 Rdz. 5; RG JW 1906, 180

will er auch bestimmten Gläubigern, besonders Verwandten, Vorteile zukommen lassen, weil er sich davon eigenen Nutzen verspricht. Regelmäßig denkt der Schuldner also mehr an sich als an seine Gläubiger.[1)]

Andererseits kann es für die Gläubigerbenachteiligung nicht genügen, daß der Schuldner bei der Vornahme der Rechtshandlungen das Bewußtsein hat, er werde dadurch seine Gläubiger sicher oder möglicherweise benachteiligen. Es muß tatsächlich eine Gläubigerbenachteiligung eintreten. Dieser Schaden für die Gläubiger kann schon unmittelbar durch den Abschluß eines Rechtsgeschäfts verursacht werden, wie z.B. bei der Veräußerung einer Sache gegen ein zu geringes Entgelt. In der Regel genügt aber ein mittelbarer Schaden.[2)] Das ist gerechtfertigt, weil auch an sich günstige Geschäfte vorgenommen werden können, um eine Gläubigerbenachteiligung vorzubereiten. Es werden z.B. Gegenstände zu einem angemessenen Preis veräußert, weil das Geld leichter verheimlicht oder zur Begünstigung einzelner Gläubiger verwendet werden kann.[3)] Schon solche Vorbereitungshandlungen müssen soweit wie möglich verhindert werden.

Daraus folgt aber, daß nicht bereits das Bewußtsein der Möglichkeit, es könne ein Schaden eintreten, zur Anfechtung nach §§ 31 Nr. 1 KO, 3 I Nr. 1 AnfG führen kann. Andernfalls müßte der Vertragspartner des Schuldners auch bei einem vorteilhaften Geschäft damit rechnen, daß der Erlös zur Befriedigung besonders drängender Gläubiger verwendet würde und dadurch bei einem möglichen Konkurs die übrigen Gläubiger benachteiligt würden. Die Möglichkeit eines Konkurses ist selten ganz auszuschließen. Wegen der Anfechtungsgefahr würde es selbst dem redlichsten und gewandtesten Schuldner unmöglich gemacht, sich aus einer schwierigen Geschäftssituation wieder herauszubringen.[4)]

Um den Tatbestand der Absichtsanfechtung sachgerecht abzugrenzen, muß die Benachteiligungsabsicht deshalb "die Rechtshandlung selbst als eine Verletzung des Befriedigungsrechts

---

1) Er handelt seines eigenen Vorteils wegen: Jaeger (6/7) § 31 Anm. 5 mit Rechtsprechungsnachweisen;
Jaeger-Lent § 31,5 Przibilla JW 1911, 302; Mentzel-Kuhn § 31 Anm. 7; RG JW 1906, 179 f
2) Jaeger-Lent § 29 Anm. 26, 27, § 31 Anm. 4, 34
3) Jaeger-Lent § 31 Anm. 4
4) Hahn,Materialien zur KO S. 127 (zu einem ähnlichen Fall)

(der Gläubiger)" erscheinen lassen, also eine "betrügerische" sein.[1] Die Benachteiligungsabsicht ist daher so definiert worden: "Das Bewußtsein des Schuldners von einem notwendigen oder nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Benachteiligungserfolge" genüge nicht; die "Absicht" setze vielmehr ein Wollen, nicht ein bloßes Wissen voraus.[2] Diese Umschreibung hilft nicht viel weiter. Zwar wird man regelmäßig von dem Wissen auf das Wollen schließen können, wenn die Gläubigerbenachteiligung als notwendige Folge des Handelns vorausgesehen und die Handlung dennoch vorgenommen wird. Ist die Benachteiligung aber nur als mögliche Folge erkannt, so soll es darauf ankommen, ob der Schuldner den Nichteintritt "erwartet oder erwünscht" hat (keine Anfechtung) oder ob er auch für den Fall des Eintritts der Folge an dem Handeln festgehalten, also die Benachteiligung in Kauf genommen hat (Anfechtbarkeit).[3] Diese Unterscheidung kann nur unter großen Schwierigkeiten vorgenommen werden. In kritischer Lage wird fast jeder Schuldner, wenn er kein unverbesserlicher Optimist ist, bei vielen Handlungen auch ernsthaft mit der Möglichkeit rechnen, daß seine Bemühungen fehlschlagen. Trotzdem wird man hier keine Benachteiligungsabsicht annehmen können, weil sonst die Gesundung des Betriebes von Anfang an unmöglich gemacht würde. Der Begriff der Benachteiligungsabsicht soll gerade die wirtschaftlich noch vertretbaren und erforderlichen Handlungen von anderen abgrenzen.[4]

Es muß darauf abgestellt werden, ob dem Schuldner eine mögliche Benachteiligung seiner Gläubiger jedenfalls gleichgültig war oder ob er sie als notwendiges Risiko in Kauf genommen hat, um ernsthafte und billigenswerte Anstrengungen zur Besserung seiner Lage zu machen. Das kann man aber nur den Beweggründen und den Begleitumständen entnehmen, unter denen die Rechtshandlung vorgenommen wurde. Es ist deshalb anerkannt, daß selbst

---

1) Hahn, Materialien zur KO S. 121; die KO hat folgerichtig dort, wo ein solches Abgrenzungskriterium (Benachteiligungsabsicht, Freigebigkeit, Vermutung der Benachteiligungsabsicht wegen einer Rechtshandlung in letzter Stunde) nicht vorliegt, also in den Fällen der §§ 30 Nr. 1 1. Alt. (normale Bargeschäfte, die keinen Vorzug gewähren), 31 Nr. 2 (personae suspectae) nur auf die unmittelbare Benachteiligung abgestellt.

2) RG 5. Jan. 1940 RGZ 162, 292 ff, 297

3) Jaeger-Lent § 31,5 (mit weiteren Nachweisen)

4) vgl. Hahn, Materialien zur KO S. 121, 127

der Schluß vom Bewußtsein notwendiger und voraussehbarer Benachteiligung auf den Benachteiligungswillen im Einzelfall widerlegt werden kann.[1)]

Bei der Feststellung der Voraussetzungen der Absichtsanfechtung muß daher ein weiteres Moment beachtet werden. Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt[2)]: Selbst wenn der Anfechtungsgegner sich bewußt sei, daß die anderen Gläubiger benachteiligt werden könnten, und selbst wenn er diese Nachteile in seinen Willen als notwendige Folge seiner Handlungsweise mit aufnehme, sei damit eine Benachteiligungsabsicht im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1 AnfG noch nicht ohne weiteres gegeben. Die Absicht müsse außerdem unlauter sein. Diesen Charakter könne sie durch den Zweck, auf den sie gerichtet sei, und durch das den Schuldner bestimmende Motiv bekommen. Benachteiligungsabsicht sei deshalb insbesondere anzunehmen, wenn es dem Schuldner weniger auf die Erfüllung einer Rechtspflicht oder auf die Erlangung weiterer Kredite, sondern mehr auf die Schädigung seiner übrigen Gläubiger angekommen sei.

2.) Besonderheiten bei der Gläubigergefährdung durch Sicherungsverträge

Bei gläubigergefährdenden großen Sicherungsverträgen (ebenso bei Tilgung durch Abtretung künftiger Forderungen) sind solche unlauteren Motive regelmäßig nicht festzustellen. Zwar können auch Sicherungsübereignungen und Sicherungsabtretungen nach §§ 31 Nr. 1 KO, 3 1 Nr. 1 AnfG anfechtbar sein, z.B. wenn für ein Darlehen nur wegen des drohenden Konkurses eine nicht geschuldete Sicherheit bestellt wird. Meistens werden Sicherungsverträge aber geschlossen oder zur Tilgung künftige Forderungen abgetreten, wenn der Schuldner einen Kredit aufnimmt oder um Stundung oder Erweiterung eines alten Kredits bittet, weil er sein Unternehmen vergrößern oder sanieren will. Er will dann nicht für den Fall des Konkurses für sich oder die Seinen Vorsorge treffen, sondern er will den Konkurs verhindern. Der Kreditgeber erhält die umfangreichen Sicherungen nicht, weil er vor anderen Gläubigern bevorzugt werden, sondern weil er Kredit gewähren soll. Kommt es doch zum Konkurs, so hat sich der Gemeinschuldner regelmäßig nicht einer unlauteren Benachteiligungsabsicht, sondern höchstens einer grob fahrlässigen Fehlkalkulation zu Ungunsten der Gläubiger schuldig gemacht.

---

1) Jaeger-Lent § 31, 5 (Abs. 5)
2) BGH 4. Febr. 1954 BGHZ 12, 232 ff, 237, 238

Das Bestreben der Rechtsprechung, die Wirksamkeit solcher Sicherungs- und Tilgungsverträge zu erschütterm, erklärt sich nun gerade daraus, daß Fehlkalkulationen bei diesen Verträgen für die übrigen Gläubiger schwere Folgen haben. Die Gründe dafür sind: Der dem Schuldner gewährte Kredit äußert sich für die Gläubiger darin, daß der Schuldner wieder oder weiterhin seinen Zahlungsverpflichtungen nachkommen, daß er selbst Waren oder Werkleistungen auf Kredit liefern und Verträge mit Zahlungsfristen abschließen kann. Der ungefähr gleiche Vermögensschwund durch die Bestellung der Sicherheiten oder die Abtretung der künftigen Forderungen ist weitaus schwieriger oder gar nicht zu erkennen. Die Möglichkeit, Kreditgewährung von der Offenlegung aller vom Schuldner vorgenommenen Sicherungsübereignungen und Sicherungsabtretungen abhängig zu machen, haben nur Großgläubiger. Solche Vorsicht vor jedem kleinen Kreditgeschäft würde den Handelsverkehr zu stark belasten. Die äußerlich nicht ohne weiteres erkennbare Umwandlung von Sachwerten in Geld gefährdet aber das Vermögen. Das Geld kann leichter zum Nachteil der Gläubiger verwirtschaftet werden. Läßt sich ein Kreditgeber nachträglich seinen Kredit sichern, so verzichtet er damit oft auf die sofortige Zwangsvollsteckung oder auf den Rückzug seines Geldes, also auf einen sichtbaren Eingriff in das Schuldnervermögen. Dadurch werden den anderen zu dieser Zeit schon vorhandenen Gläubigern (Altgläubigern) Vollstreckungsgegenstände entzogen. Bei einer Zwangsvollstreckung oder einem Rückzug des Geldes würden dagegen möglicherweise die Zahlungsunfähigkeit und der Konkurs ausgelöst und somit die Deckung des Gläubigers zugunsten der anderen Gläubiger in die Fristen der §§ 30 KO oder 28 Vergleichsordnung fallen.

3.) Anfechtungsregelung als abschließende Normierung über den Kampf um den Zugriff auf das schuldnerische Vermögen?

Es fragt sich, ob die eben beschriebenen gefährlichen Geschäfte, wenn nicht mit den Anfechtungsvorschriften, so jedenfalls mit den Generalklauseln §§ 138 I, 826 BGB in ihrem Bestand angegriffen werden können.

a) Zwei Meinungen stehen sich gegenüber:

Nach der einen folgt aus der spezialgesetzlichen Natur der Anfechtungsregelung, daß der Gesetzgeber ein Befriedigungsstreben zum Nachteil einzelner Gläubiger, das für eine Anfechtung nicht ausreicht, billigt. Der Kampf um den Zugriff auf das Schuldner-

vermögen sei nun einmal Teil des Wirtschaftslebens, und das Gesetz habe für diesen Interessenkonflikt eine besondere Norm und damit einen besonders passenden Bewertungsfaktor geschaffen.[1] Was in diesem Kampf mißbilligt werde und was verboten sei, sei abschließend in der Anfechtungsregelung und in den Strafbestimmungen der §§ 239 - 244 KO, 288 StGB aufgeführt. Weitere Anforderungen an die Rücksichtnahme zu stellen, sei lebensfremd.[2] Nur eine gesteigerte Aktivität des Gläubigers über die wissentliche Teilnahme an der Gläubigerbenachteiligung hinaus könne deshalb zur Anwendung des § 138[3] und des § 826[4] führen. Deshalb wird der Rechtsprechung, die auf Sicherungsverträge die §§ 138, 826 anwendet, vorgeworfen, sie prüfe nicht den eventuellen Ausschluß dieser Normen durch die Anfechtungsregelung.[5]

Die Gegenmeinung billigt das Verfahren der Rechtsprechung und weist darauf hin, daß es sich hier um Probleme handele, die von der Anfechtungsregelung nicht erfaßt würden.[6] Die Konkursordnung und das Anfechtungsgesetz stammten aus einer Zeit, in der die Sicherungsübereignung und die Sicherungsabtretung noch nicht in Übung gewesen seien. Die Gesetzgeber hätten der besonderen Gefährdung, die aus der gewohnheitsrechtlichen Durchsetzung dieser Rechtsinstitute erwachsen sei, keine Rechnung tragen können. Deshalb müsse die Rechtsprechung unabhängig von dem Vorliegen der Anfechtungsvoraussetzungen mit Hilfe der Generalklauseln diesen Gefahren begegnen.[7] Einige Autoren sehen den Hauptunterschied zwischen den von der Anfechtungsreglung erfaßten Tatbeständen und den von der Rechtsprechung über §§ 138, 826 gelösten Fällen in folgendem: Der Vorwurf der Anfechtungsregelung richte sich gegen den Schuldner. Es solle verhindert werden, daß er seine Gläubiger absichtlich benachteilige. Nur mit Rücksicht auf das schutzwürdige Interesse des Verkehrs werde die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der verwerflichen Absicht gefordert.[8] In bestimmten Fällen brauche der Anfechtungsgegner nicht

---

1) Westermann, Interessenkollisionen S. 26
2) Barkhausen NJW 1953, 1665; NJW 1955, 1272
3) Westermann, Interessenkollisionen S. 26/27
4) Lange NJW 1950 S. 568; Barkhausen NJW 1955, 1272
5) Westermann, Interessenkollisionen S. 27
6) Flume AcP 154 S. 560 ff, 563 unten; v. Caemmerer JZ 1956, 97; Paulus JZ 1951, 686; Johannsen Anm. in LM § 138 BGB (Bb) Nr. 5; Schlosser S. 35 f. Bindseil, S. 67, 69, 70, 71 - 73
7) v. Caemmerer JZ 1956, 97 f; Flume AcP 154, 563 f
8) Johannsen LM § 138 BGB (Bb) Nr. 5

einmal aktiv am Geschäft mitzuwirken.[1] Da das Befriedigungsrecht der Gläubiger also nur vom Schuldner verletzt werde, ahnde die Anfechtungsregelung nur die "Schiebung zum eigenen Vorteil". Das Verhalten des Gläubigers (Anfechtungsgegners) werde dagegen von der Anfechtungsregelung nicht bewertet. Bei großen Sicherungsverträgen liege die Betonung aber auf der Tätigkeit des Gläubigers. Er erstrebe die publizitätslosen Sicherungen, während es dem Schuldner nicht auf die Vollstreckungsvereitelung, sondern auf die Beschaffung von Mitteln zur Arbeit oder Weiterarbeit ankomme.[2]

Zu demselben Ergebnis kommt Bindseil. Er geht davon aus, daß das Erfordernis der Konkurseröffnung oder des fruchtlosen Verlaufs der Zwangsvollstreckung nicht zum materiellrechtlichen Gehalt der Anfechtungsregelung gehört, sondern nur formaler, verfahrensrechtlicher Natur ist. Es handelt sich um eine besondere Rechtsschutzvoraussetzung für die Anfechtungsklage.[3] Daraus folge aber, daß das Anfechtungsgesetz ebenso wie die Konkursordnung nicht alle Fälle erschöpfend geregelt habe, in denen Gläubiger sich wegen ihrer (titulierten) Forderung deshalb nicht mehr aus dem schuldnerischen Vermögen befriedigen könnten, weil Dritte das als Vollstreckungsobjekt sonst zugängliche Vermögen erworben hätten. Nicht das gesamte Gebiet des "Kampfes um den Zugriff auf das Schuldnervermögen", wie Westermann[4] meine, sondern nur die Fälle der absichtlich gläubigerschädigenden und der unentgeltlichen Rechtshandlungen seien in der Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetz besonders geregelt.[5] Gläubigerschädigende Rechtshandlungen könnten deshalb ohne weiteres auf Grund anderer Umstände, ob diese nun neben die Voraussetzungen der Anfechtungsregelung träten oder ohne solche gegeben seien, als sittenwidrig im Sinne von § 138[6] angesehen werden. Diese anderen Gesichtspunkte müßten das Geschäft jedoch auch ohne Berücksichtigung der Benachteiligungsabsicht als sittenwidrig erscheinen lassen.[7]

---

1) Schlosser S. 36
2) Schlosser S. 36
3) Böhle-Stammschräder AnfG § 2 II 1; Bindseil S. 67.
4) Westermann, Interessenkollisionen S. 26
5) Bindseil S. 69, 70
6) § 826 hält Bindseil (S. 86 - 88, 92 ff) ohnehin für stets neben der Anfechtungsregelung anwendbar - vgl. oben I 2 b.
7) Bindseil S. 72, 73.

b) Der Hinweis auf die andersartige Gestaltung der Fälle, die die Rechtsprechung unter §§ 138, 826 BGB subsumiert, verdeutlicht zwar die Notwendigkeit, gewisse gläubigerschädliche Handlungen trotz Fehlens der Anfechtungsvoraussetzungen aus praktischen Bedürfnissen mit rechtlichen Sanktionen zu versehen. Damit kann aber noch nicht die Anwendung der Generalklauseln zu diesem Zweck dogmatisch gerechtfertigt werden. Jedenfalls ist das Argument nicht überzeugend, der Schwerpunkt bei diesen Fällen liege beim Anfechtungsgegner, sein Verhalten sei aber von der Anfechtungsregelung nicht berücksichtigt und deshalb den allgemeinen gesetzlichen Wertungen zugänglich. [1] Die Anfechtungsregelung ist zwar im Grundsatz von den rücksichtslosen Motiven des Schuldners gegen die Gläubiger bestimmt. [2] Dadurch sollen aber nicht die Beweggründe und Verhaltensweisen des Anfechtungsgegners der allgemeinen gesetzlichen Bewertung überlassen bleiben, sondern der Anfechtungsgegner soll ebenso wie der Schuldner von weitergehender Haftung freigesprochen werden. Auch er soll durch die Anfechtungsregelung privilegiert werden.

Das erklärt sich aus der Konstruktion des Anfechtungsrechts. Der Schuldner ist in der Verfügung über sein Vermögen grundsätzlich frei. Wer aber von jemanden erwirbt, der seine Verfügungsmacht zu Recht ausübt, der kann dadurch nicht einem Dritten, dem durch die Verfügung möglicherweise geschadet wird, Unrecht tun, sondern er muß auch ihm gegenüber unangreifbares Recht erwerben. Solange aber der Schuldner den schädlichen Erfolg nicht kennt, kann eine Anfechtung deshalb nicht in Betracht kommen.

Diese Einschränkung machte praktisch keine Schwierigkeiten. Es waren kaum Fälle vorstellbar, in denen der Schuldner objektiv seine Verfügungsmacht mißbrauchte, also eine Gläubigerbenachteiligung sicher zu erwarten war, diese Kenntnis aber nur der Anfechtungsgegner hatte.

Das ist heute anders. Mit Hilfe von Sicherungsübereignungen und Sicherungsabtretungen kann der Schuldner viel umfangreichere Sicherungsverträge vornehmen und seine Vermö-

---

1) Nicht die aktivere Teilnahme des Gläubigers, sondern die objektiven Geschäftsfolgen umfangreicher und undurchsichtiger Sicherungsübereignungen erfordern nach Paulus (JZ 1951, 686) schroffere Sanktionen.

2) Eine Ausnahme besteht nur bei der Schenkungsanfechtung - vgl. unten 3. Teil IV 2 b.

gensverhältnisse weitaus mehr als früher komplizieren. Bei einem Unternehmen, das unter Hingabe großer Vermögensteile mit viel fremdem Geld arbeitet, ist es auch wegen der fehlenden Reserven schwierig, Prognosen für die künftige Entwicklung zu stellen. In solcher Lage kann oft nicht der Schuldner, sondern nur der fachkundige Geldgeber, das Kreditinstitut, einigermaßen sichere Voraussagen abgeben. Deshalb ist es heute zwar berechtigt, mehr auf das Verhalten des Anfechtungsgegners abzustellen. Man müßte aber folgerichtig eine Haftung des Anfechtungsgegners nur annehmen können, wenn er jedenfalls Kenntnis von der drohenden Gläubigerbenachteiligung hätte, und zwar mit solcher Gewißheit und auf Grund so unlauterer Beweggründe, wie sie auch beim Schuldner für eine Anfechtung vorliegen müßten. Denn beim Fehlen der Benachteiligungsabsicht des Schuldners kann die Haftung des Anfechtungsgegners nicht größer sein, als wenn der Schuldner diese Absicht gehabt hätte.

Ein solches Verhalten des Anfechtungsgegners ist aber bei großen Sicherungsverträgen nur selten festzustellen. Es werden Kredite abgesichert, die zur Sanierung gewährt oder gestundet werden. Auch das Geldinstitut hat also regelmäßig noch die Hoffnung auf Gesundung des Unternehmens. Die Besonderheit der Sicherungsübertragung, mit der die Anwendung der Generalklauseln gerechtfertigt wird, ergibt sich also nicht daraus, daß nur der Anfechtungsgegner tätig wird, sondern aus der Verquickung subjektiver und objektiver Gesichtspunkte miteinander. Die subjektiven bleiben dabei meist hinter denen der Anfechtungsregelung zurück. Sie bestehen regelmäßig nur in fahrlässigem oder grob fahrlässigem Verhalten, in dem Nichtsehen einer mehr oder weniger stark drohenden Schadensmöglichkeit. Dieser Mangel in subjektiver Hinsicht wird aber ausgeglichen durch die größere Gefährlichkeit des Geschäfts.

Die Berücksichtigung der objektiven Umstände im Rahmen der Generalklauseln kann man aber nicht damit rechtfertigen, die Anfechtungsregelung stelle nur auf subjektive Momente ab, so daß die objektiven einer anderweitigen Beurteilung freiständen. Die Gesetzgeber der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes haben sich jedenfalls bewußt gegen die Anfechtung nur objektiv gefährlicher Geschäfte gewandt.

Das ältere partikulare Insolvenzrecht kannte an objektive Gefährlichkeit anknüpfende Anfechtungstatbestände. Das zeigt besonders die Lübeckische Konkursordnung von

1862[1], die von den Motiven zur Reichskonkursordnung[2] als ausgesprochen gemeinrechtliche Konkursordnung bezeichnet wird: Die Veräußerung und die Verpfändung von Grundstücken (§ 26), die Bestellung einer Generalhypothek am Vermögen (§ 27 Abs. 2), die Abdeckung alter und bei Konkurseröffnung noch nicht fälliger Schulden (§§ 27 Abs. 1, 28) waren, wenn sie in den letzten vier Wochen vor der Insolvenzerklärung oder der Konkurseröffnung vorgenommen waren, ohne weiteren Nachweis anfechtbar. Hatte innerhalb des letzten Jahres vor der Insolvenzerklärung oder der Konkurseröffnung der Gemeinschuldner "sein bewegliches Vermögen oder einen großen Teil desselben unter irgendeinem Titel veräußert oder in Zahlung gegeben, daneben aber zugleich den fortdauernden Gebrauch sich vorbehalten", so war der Vertrag auf Grund der Vermutung des "Bewußtseins der Insolvenz (des Veräußerers) als auch der Mitwissenschaft des Erwerbers" anfechtbar (§ 33 in Verbindung mit § 30).

Diese weitergehenden Ansprüche hat die Konkursordnung mit der Überlegung verworfen, die allgemeinen Wirkungen, die das Gesetz an den Eintritt einer bestimmten Tatsache knüpfe (nämlich die Einschränkung der Verfügungsfreiheit durch die Konkurseröffnung), könnte nicht Ausfluß eines beliebigen, dieser Tatsache vorausgehenden Zeitraumes vor der Krise sein.[3] Die anfechtbare Rechtshandlung selbst müsse als eine Verletzung des Befriedigungsrechts der Gläubiger erscheinen, also grundsätzlich betrügerisch sein.[4] Allgemeine Präsumptionen in dieser Richtung während eines bestimmten Zeitraumes vor der Krise seien aber willkürlich, weil sich bei Beginn des "tempus fatale" der spätere Gemeinschuldner noch in guter Vermögenslage befinden könne. Solange dem Gemeinschuldner Verfügungen noch nicht allgemein untersagt seien, dürfe man nicht allgemein vermuten, daß jede Verfügung eine Rechtsverletzung sei.[5] Das sei nur gerechtfertigt, wenn die Natur des Geschäfts einen besonderen Verdacht wachrufe und jeden zu doppelt aufmerksamer Erkundigung über die Verhältnisse des Schuldners zwinge.[6] Ein solcher Verdacht sei

---

1) Die Concurs-Ordnung für die freie und Hansestadt Lübeck, vom 17. September 1862, Sammlung der Lübeckischen Verordnungen und Bekanntmachungen, 29. Band (Lübeck 1862) S. 221 ff
2) Hahn, Materialien zur KO S. 462; ähnliche Bestimmungen galten in Baden, Bremen und im Gebiet des Code Civil - Hahn aaO S. 118, 139
3) Hahn, Materialien zur KO S. 118
4) Hahn, Materialien zur KO S. 121
5) Hahn, Materialien zur KO S. 118
6) Hahn, Materialien zur KO S. 117

aber weder bei Grundstücksgeschäften noch bei der Veräußerung des ganzen Vermögens gerechtfertigt.[1]

Hinter dieser Argumentation steht unausgesprochen die liberalistische Vorstellung von der Absolutheit der Rechte:[2] Ein einmal wirksam vollzogener Erwerb könne nicht nachträglich wieder seiner Wirkung beraubt werden.

Die Konkursordnung und das Anfechtungsgesetz kennen nicht wie das frühere Recht objektive Umstände, die zu einer Anfechtung führen könnten (außer bei der Schenkungsanfechtung). Damit hat der Gesetzgeber ausdrücklich entschieden, daß die objektive Gefährlichkeit den Bestand eines Geschäftes nicht erschüttern kann. Das Schweigen des Gesetzes bedeutet also nicht das Fehlen einer gesetzlichen Lösung, sondern stellt eine negative Regelung dar, nämlich die Verneinung einer Rechtsfolge für die objektive Gläubigergefährdung.[3] Die Anwendung der §§ 138, 826 BGB auf diese Fälle kann daher allenfalls so gerechtfertigt werden: Durch veränderte Umstände, insbesondere durch die gewohnheitsrechtliche Durchsetzung der Sicherungsübereignung und der Sicherungsabtretung können die Wertvorstellungen des Gesetzgebers, durch die die gesetzlichen Tatbestände der Gläubigeranfechtung bestimmt sind, fehlerhaft[4] geworden sein. Wenn dieser Mangel so offensichtlich ist, daß ohne seine Behebung der Rechtsgedanke selbst Schaden nehmen würde, ist die Fortbildung des Rechts erforderlich.[5] Das geschieht gegebenenfalls mit Hilfe der Generalklauseln.

---

1) Hahn, Materialien zur KO S. 118 Anm. 2; 139
2) vgl. unten S. 29 Anm. 8
3) In solchen Fällen handelt es sich um ein "beredtes" oder "qualifiziertes" Schweigen des Gesetzes - Canaris S. 40, 51; vgl. auch Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung S. 92; Siebert, Gesetzesauslegung S. 39; Larenz, Methodenlehre S. 295 f.
4) Es handelt sich nicht um eine nachträglich eingetretene Lücke im Gesetz, da das Gesetz keine planwidrige Unvollständigkeit aufweist, sondern nach seiner eigenen Teleologie vollständig ist - Larenz, Methodenlehre S. 303 f; Canaris S. 16 f.
5) Larenz, Methodenlehre S. 305, 320; Larenz, Rechtsfortbildungen S. 3

2.TEIL: Anwendung der Generalklauseln zur Ergänzung und Berichtigung spezieller gesetzlicher Regelungen

Die Auslegung und Anwendung der Generalklausen dient der Rechtsprechung vielfach zur Fortbildung des Rechts.[1] Besonders mit Hilfe der §§ 138, 242 und 826 BGB sind zahlreiche Rechtsgedanken und Rechtsinstitute praeter legem und contra legem entwickelt und ausgebaut worden.[2] Ob die §§ 138, 826 BGB geeignet sind, die gesetzliche Regelung der Gläubigeranfechtung den Zeitumständen anzugleichen, ist fraglich. Denn dieselben Gründe, die zur engen Begrenzung der Anfechtungstatbestände geführt haben (Liberalismus, Absolutheit der Rechte), bestimmten auch die §§ 138, 826 BGB.

I. Der ursprüngliche Anwendungsbereich der §§ 138, 826 BGB

Die Notwendigkeit dieser Normen ergab sich aus der Grundhaltung des Bürgerlichen Gesetzbuches; der politische und wirtschaftliche Liberalismus, dessen Anerkennung das 19. Jahrhundert erkämpft hatte, beeinflußte das Gesetzeswerk.[3] Die Hauptforderung des liberalen Programms war die Privatautonomie als Vertrags-, Eigentums-, Handels- und Gewerbefreiheit. Man glaubte, die sittlichen, politischen und wirtschaftlichen Kräfte des Individuums könnten sich am besten dann zur Steigerung des wirtschaftlichen Wohl-

---

1) Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung S. 39,40; Canaris S. 28,29 Anm. 57; Esser, Grundsatz und Norm S. 150; Esser, Summum ius S. 28; Larenz, Rechtsfortbildungen S. 2.
Auf die Gefahren richterlicher Rechtsfortbildung und die Notwendigkeit enger Grenzen für diese Tätigkeit weisen hin: Gernhuber, Summum ius S. 216 ff; Merz, AcP 163 S. 338-340; Stein NJW 1964, 1745 ff; Steindorff, Summum ius S. 63,74.

2) vgl. Palandt, Anm. zu §§ 138, 242, 826

3) Gustav Boehmer, Einführung S. 82

standes entfalten, wenn sie, von staatlicher Bevormundung befreit, sich im freien Spiel der Kräfte gegenüberträten.[1] An den Staat wurde die Forderung gestellt, sich aus diesem Spiel herauszuhalten und es nur als Garant der Rechtssicherheit durch vorbehaltlose Sanktionen der Rechtsgeschäfte zu schützen.[2] Durch die Vertragsfreiheit konnte aber der Inhalt der Schuldverhältnisse mit so unendlicher Mannigfaltigkeit ausgestaltet werden, daß einem Mißbrauch nicht mit Normen entgegengetreten werden konnte, die auf bestimmte Rechtsgestaltungen zugeschnitten waren. Es bedurfte eines beweglichen Faktors, der in Analogie zur freien Parteiabrede eine ebenso freie Vernichtungsmacht bereithielt.[3]

Zu diesem Zweck knüpfte das BGB an die gemeinrechtliche Lehre an, wonach diejenigen Rechtsgeschäfte nichtig waren, "die sich durch ihren Inhalt in Widerspruch setzen mit den Vorschriften des Sittengesetzes", die "gegen die Sittlichkeit" verstießen.[4] Die Verfasser des BGB waren sich darüber einig, daß sich das Gebiet der Sittenpflichten nicht mit dem der Rechtspflichten decke und daß deshalb nicht jedes Rechtsgeschäft nichtig sein könne, das nach sittlichen Maßstäben verwerflich sei.[5] Die Vorschrift des § 138 BGB (= 106 E I) solle nicht etwa die "Handlungen (der Vertragsparteien) einer sittenrichterlichen Kontrolle unterstellen"[6]. Ihre Notwendigkeit ergebe sich vielmehr aus der Überlegung, "daß dem rechtsgeschäftlichen Willen, obschon er das Sittliche nicht in sich aufzunehmen brauche, doch niemals die Macht zugestanden werden könne, Unsittliches zu Recht zu stempeln"[7]. Der Begriff der Sittlichkeit mußte deshalb objektiv eingeschränkt werden. Man wählte dazu die Wendung "Verstoß gegen die guten Sitten".[8]

---

1) Raiser, JZ 1958, 1 ff, 2; Raiser, Summum ius S. 146
2) Raiser JZ 1958, 2
3) Endemann, Einführung Bd. I Buch 2 § 103 I S. 433; Palandt-Danckelmann § 138, 1
4) Windscheid-Kipp Bd. I § 81, 2; Bd. II § 314,3; Mugdan I 469 (=Mot. I 211)
5) Mugdan I 469 (= Mot. I 211)
6) Mugdan I 725 (= Prot. I 123)
7) O.v.Gierke, Entwurf S. 168
8) Mugdan I 725 (= Prot. I 124)

Dieser Begriff verweist den Richter nicht auf eine äußere, sittlich indifferente Sitte[1], sondern auf ethische Maßstäbe, die jedem "durch das schlechte Gewissen des sie Verletzenden"[2] einsichtig sind. Der Begriff der guten Sitten enthält ein ethisches und ein soziologisches Element.[3] Die Rechtsprechung hat das im Anschluß an die Motive[4] mit der Formel ausgedrückt: Mit den guten Sitten sei unvereinbar, was "gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" verstoße.[5] Es muß also zunächst der materielle Inhalt einer Regel, ihr ethischer Gehalt festgestellt werden. Sie muß das menschliche Gewissen verpflichten können, sie muß dem Anstandsgefühl billig und gerecht erscheinen. Andererseits muß sie aber auch formelle soziologische Geltung haben, sie muß allgemein anerkannt sein. Alle billig und gerecht Denkenden müssen in ihrem Urteil übereinstimmen.[6]

§ 138 BGB soll ein Korrektiv für die durch das Bürgerliche Gesetzbuch weitgehend eingeräumte Vertragsfreiheit sein. Die Norm sollte verhindern, daß mit Hilfe der Privatautonomie die Handlungsfreiheit des einzelnen selbst oder solche Werte angegriffen wurden, die die liberale Gesellschaft als gut anerkannte. Unter Sittlichkeit verstand man deshalb zunächst folgerichtig nur Sätze der Individualethik, d.h. solche Regeln, die sich auf die Führung des individuellen Lebens beziehen, die hauptsächlich ein Handeln mit lauterer Gesinnung verlangen. Es war nicht vorstellbar, daß ein Rechtsgeschäft wegen eines Verstoßes gegen die Sozialethik, also gegen Regeln über die gute Ordnung des Gemeinschaftslebens, nichtig sein könnte.[7] Denn nach der liberalen Auffassung gestaltete sich das Gemeinschaftsleben am besten durch die individuelle, nur durch Gesetze eingeschränkte Freiheit.

Wie durch § 138 BGB die Vertragsfreiheit, so ist durch § 826 BGB die allgemeine Handlungsfreiheit entsprechend eingeschränkt worden.[8]

---

1) vgl. O.v.Gierke, Logos Bd. 6 (1919) S. 211 ff, 213; Entwurf S. 168; Hoelder AcP 73 (1888) S. 102
2) Wieacker JZ, 1961, 339
3) Staudinger-Coing § 138 Anm. 3,4
4) Motive zu § 826 BGB (Mugdan II 406 = Mot. II 727)
5) Zuerst RG 11.4.1901 RGZ 48, 114 ff
6) Staudinger-Coing § 138 Anm. 3,4
7) Staudinger-Coing § 138 Anm. 4 Abs. 2
8) Nach dem 1. und 2. Entwurf sollte die dem § 826 BGB entsprechende Vorschrift nur anwendbar sein, wenn jemand durch eine "kraft allgemeiner Freiheit an sich erlaubte Handlung" (=§ 705 E I) und "nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechts" (= § 749 E II) (vgl. Mugdan II S. CXXIII) sittenwidrig Schaden zufügte. Diese Einschrän-

II. Folgerungen für die Berücksichtigung weiterer zu den Anfechtungsvoraussetzungen hinzutretender und anderer ohne die Anfechtungsvoraussetzungen vorliegender Umstände bei der Anwendung der §§ 138, 826 BGB

Wenn fremde Momente zum Anfechtungstatbestand hinzutreten, liegen in der Regel besonders verwerfliche, "gesinnungslose" Rechtsgeschäfte oder Handlungen vor. Das ergibt sich teilweise schon aus dem Gesetz. Beim Kreditbetrug wird vorsätzlich gegen ein Strafgesetz verstoßen, das elementare sittliche Forderungen schützen soll. Bei anderen Fällen liegt jedenfalls die Kenntnis der Benachteiligungsabsicht des Partners vor. Hinzu kommt ein weiteres Moment, das dieses bedenkliche Verhalten zum sittenwidrigen stempelt: Die gläubigerschädigende Veräußerung wird z.B. von beiden Partnern nur zur Gläubigerbenachteiligung vorgenommen.[1)]

Anders ist es bei den großen Sicherungsverträgen. Ihnen fehlt regelmäßig der Makel des Straftatbestandes oder auch nur der der absichtlichen Gläubigerbenachteiligung. Eine besonders verwerfliche Gesinnung der Parteien ist nicht ohne weiteres festzustellen. Man kann auch nicht sagen, die Verträge verstießen nach Inhalt, Motiv und Zweck "gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden". Die Sachverhalte sind wirtschaftlich zu kompliziert, die Interessen der Beteiligten zu mannigfaltig, als daß sie dem spon-

---

8) Fortsetzung von Seite 29
kung wurde mit den Gedanken der "modernen Rechtsanschauung" (Mugdan II 406 = Mot. II 727) begründet: Soweit jemand auf Grund der allgemeinen Freiheit handele, habe er die Interessen der anderen zu berücksichtigen, eben weil seine Befugnisse nicht größer seien als die der anderen. Soweit ihm aber das Gesetz ein besonderes Recht gewähre, habe er auch eine besondere Verfügungsmacht, und wenn er sein Recht ausübe, könne er kein Unrecht tun, er müsse immer haftfrei sein, auch wenn er aus Schikane handele. Sonst würden die Grenzen zwischen Recht und Moral verwischt (Mugdan II 406 = Mot. II 727; Mugdan II 1079 = Prot. II 577).
Erst die XII. Kommission des Reichstages strich diese Einschränkung, weil man "selbst in Ausübung eines formalen Rechts" einem anderen nicht vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zufügen dürfe (Mugdan II S. 1298). Ähnliche Bedenken bestanden bei der Einführung des § 226 BGB (Mugdan I 796 f = Prot. I 238 f, Mugdan I 973 - Kommissionsbericht -).

1) RGZ 74, 224.

tanen Urteil des Anstandsgefühls unterworfen werden könnten.[1] Der Unternehmer nimmt den Kredit in der Regel auf, um sein Unternehmen zu vergrößern oder zu sanieren, die Absicht einer Gläubigerbenachteiligung liegt ihm dabei fern. Höchstens eine grob fahrlässige Fehlkalkulation kann ihm vorgeworfen werden. Dem Sicherungsverlangen des Kreditgebers kann er sich bei der heutigen Wirtschaftslage kaum entziehen.

Die Kreditgeber (Sicherungsnehmer) sind oft Kreditinstitute. Sie haben in der Nachkriegszeit durch Gewährung großer Kredite - auch an mittellose Unternehmer - den Wiederaufbau der Wirtschaft gefördert.[2] Heute können umfangreiche Kredite volkswirtschaftlich erwünscht und erforderlich sein, wenn z.B. eine wirtschaftlich schwache Gemeinde industrialisiert oder ihr ein Unternehmen und damit u.U. eine große Zahl von Arbeitsplätzen erhalten bleiben soll. Wenn sich die Banken und Sparkassen für solche Kredite Sicherungsübereignungen und Sicherungsabtretungen geben lassen und die jederzeitige Kündbarkeit der Kredite vereinbaren, so handeln sie damit im Interesse der Konteninhaber, mit deren Geld sie arbeiten.[3]

Das Anstandsgefühl wird in Bedrängnis geraten, wenn es einen billigen und gerechten Ausgleich in diesem Dreiecksverhältnis (Sicherungsnehmer, Sicherungsgeber, gefährdete Gläubiger des Sicherungsgebers) finden soll. Diese Fragen sind dadurch akut geworden, daß ein Rechtsinstitut gewohnheitsrechtlich anerkannt worden ist und nun in billiger Weise zugunsten der Gläubiger des Sicherungsgebers abgegrenzt werden muß. Die Schwierigkeiten dabei sind so groß, daß bisher von einer gesetzlichen Regelung des Sicherungs- und des Vorbehaltseigentums abgeraten worden ist.[4] Solche Fragen können nicht nur unter ethischen

---

1) Raisch JZ 1965 S. 625 ff, meint, daß nur spontane menschliche Handlungen, nur die Verhaltensweisen des Normalbürgers, die in der Regel nicht vollständig reflektiert würden, mit dem 'Anstandsgefühl' gemessen werden könnten, nicht aber wirtschaftliche Vorgänge, deren einzelne Momente mit modernen Denkmethoden durchdacht seien.

2) Scheer NJW 1956, 410

3) Barkhausen NJW 1953, 1414;
Hans Eberhardt Sprengel (Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages - Berlin 1955 - Bd. II: Sitzungsberichte, S. F 60) und Schweiger (MDR 1953, 707 ff, 709) weisen darauf hin, daß Banken und Sparkassen "Treuhänder der Spargroschen der Allgemeinheit" seien und deshalb ein besonderes Sicherungsbedürfnis hätten, das schon bei der Bewertung der objektiven Sittenwidrigkeit zu berücksichtigen sei.

4) Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages - Berlin 1955 - Bd. II S. F 81

Gesichtspunkten gelöst werden. Umfangreiche Sicherungsverträge werden heute in großer Zahl geschlossen. Der verbreitete Brauch erfreut sich jedoch nicht allgemeiner Billigung. Das zeigt sich an der umfangreichen Rechtsprechung, die solchen Verträgen unter bestimmten Voraussetzungen[1] die Wirksamkeit abspricht, weil die Interessen der Waren- und Geldkreditgeber des Sicherungsgebers durch umfangreiche Sicherungen zu sehr, wenn auch meistens von den Vertragspartnern unbeabsichtigt, verletzt werden. Bei diesen Urteilen können sich die Gerichte allerdings nicht auf die guten Sitten im ursprünglichen Sinne berufen, also auf eine tatsächliche Ordnung, die ethisch richtig und sozial anerkannt ist. Der Hinweis der Gerichte auf das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" meint in Wirklichkeit das eigene Gerechtigkeitsgefühl der Richter.[2] Die §§ 138, 826 BGB sind in ihrer ursprünglichen, vom Gesetzgeber gedachten Funktion auf diese Fälle nicht anwendbar.[3]

Es stellt sich deshalb die Frage: Können und müssen solche Verträge mangels einer gegenteiligen gesetzlichen Regelung und mangels einer sie untersagenden allgemein gebilligten Übung als wirksam angesehen werden? Können die nachteiligen Folgen für die Kreditgeber des Sicherungsgebers als wenige bedeutungslose Härten angesehen und als Opfer gerechtfertigt werden, das der eindeutigen Rechtslage, dem Vertrauen des Verkehrs auf diese Rechtslage und damit der Rechtssicherheit gebracht werden muß? Oder sind die Folgen so unerträglich, führen sie zu einer solchen "Massenkalamität", daß sich der Richter genötigt sieht, "die Vertrauensverletzung durch Gesetzesbruch als kleineres Übel in Kauf zu nehmen und dem materiellen Sachinteresse den Vorrang zuzusprechen?"[4]

Die Rechtsprechung hat die Frage im letzteren Sinne entschieden und in jahrzehntelanger Praxis das Recht bereits so fortgebildet, daß kein Anlaß besteht, dagegen im Grundsatz

---

1) vgl. unten den 4. Teil (Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes).
2) Breithaupt JZ 1964, 283
3) Es handelt sich vielmehr um eine verdeckte Gesetzeskorrektur, die sich mehr auf den Ermächtigungscharakter als auf den materiellen Gehalt der Generalklauseln stützt - Esser, Grundsatz und Norm S. 150 f; Larenz, Methodenlehre S. 274; Merz AcP 163, 338; Steindorff, Summum ius S. 63
4) Boehmer, Grundlagen II 1 S. 178, 179; ähnlich Larenz, Methodenlehre S. 305, 320 und Rechtsfortbildungen S. 3 (Rechtsnotstand als Voraussetzung der Rechtsfortbildung); Merz AcP 163 S. 339 f

anzugehen. Es muß aber untersucht werden, ob diese Rechtsfortbildung im Rahmen der Generalklauseln vorgenommen werden kann, und wenn ja, woran der das Recht ergänzende Richter sich bei der Bestimmung der "guten Sitten" halten soll, da er sich nicht auf eine vorgegebene Ordnung berufen kann.

III. Die heutige erweitere Aufgabe der Generalklauseln

Die §§ 138, 826 BGB wurden ursprünglich geschaffen, damit die Rechtsordnung nicht mißbraucht würde zum Kampf gegen die Privatautonomie, gegen die Freiheit des einzelnen und gegen andere damals allgemein anerkannte ethische Werte. Heute wehrt die Rechtsprechung mit ihnen in großem Umfang Gefahren ab, die von anderer Seite drohen. Infolge der veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse haben z.B. der wirtschaftliche Wettbewerb, Sicherungsverträge, allgemeine Geschäftsbedingungen und Lohnschiebungsverträge an Bedeutung gewonnen. Da der Gesetzgeber mit dieser Entwicklung nicht Schritt gehalten hat und es deshalb an den erforderlichen gesetzlichen Schranken fehlt, hat die Rechtsprechung sich der Generalklauseln bedient, um Mißbräuchen und Auswüchsen auf diesen Gebieten entgegenzutreten. In diesen Fällen wird nicht der Mißbrauch der von der Rechtsordnung zugestandenen Freiheit geahndet. Es wird vielmehr der regellose Zustand eingeschränkt, der dadurch entstanden ist, daß die gesetzliche Ordnung neuen Verhaltensweisen noch nicht Rechnung getragen hat. Die Generalklauseln dienen hier nicht der gerechten Beurteilung des vom Gesetzgeber nicht erfaßbaren besonderen Einzelfalles, sondern der Bewältigung ganzer Fallgruppen, die durch veränderte Umstände akut geworden sind und vom Gesetzgeber geregelt werden könnten, aber noch nicht geregelt sind.[1] Die Rechtsfortbildung mit Hilfe der §§ 138, 826 BGB ist zulässig, obwohl die Gerichte nicht - wie es nach der Vorstellung der historischen Gesetzgeber bei der Anwendung dieser Normen sein sollte - auf eine allgemein geübte und gebilligte Ordnung zurückgreifen können.

Bei der Auslegung der Gesetze sind zwar auch die Vorstellungen der Gesetzesverfasser und der daraus abzuleitende Gesetzeszweck zu berücksichtigen.[2] Weil der Richter an das Ge-

---

1) vgl. Canaris S. 28,29
2) Larenz, Methodenlehre S. 249, 258; Siebert Gesetzesauslegung S. 41 f

setz gebunden ist, ist für ihn zunächst einmal der zweifelsfrei ausgedrückte Wille des Gesetzgebers maßgebend.[1] Der im Gesetz normierte Wille ist aber kein unveränderliches Faktum. Das ergibt sich aus dem heutigen Verständnis der Gesetzesanwendung. Sie ist nicht zu vergleichen mit der Anwendung mathematischer Regeln.[2] Die Ausdrücke der Gesetzesbestimmungen lassen vielfach mehrere Deutungen zu, und deshalb ist die Entscheidung eines Falles auf Grund einer Norm zugleich die Wahl des Richters zwischen mehreren Deutungen. Dazu muß er die verschiedenen Möglichkeiten vorher bewerten.[3] Auslegung, d.h. die Gewinnung konkreter juristischer Urteile, ist deshalb nie einfach nur ein Syllogismus[4], nie nur Vollzug einer logischen Schlußfigur[5], sondern eine wechselseitige Angleichung von Sachverhalt und Norm[6], ein analogisches Verfahren. Das tertium comparationis ist dabei der Sinn, in dem sich die Norm und der Lebenssachverhalt entsprechen müssen[7].

Die Anwendung der Normen, ihre Interpretation und die richterliche Fortbildung des Rechts sind also keine wesenverschiedenen Tätigkeiten. Es besteht zwischen ihnen ein enger Zusammenhang, die Methoden decken sich weitgehend und unterscheiden sich nur in ihren Schwerpunkten.[8] Deshalb kann der Wille der historischen Gesetzesverfasser für die Auslegung nicht allein maßgebend sein. Die sprachliche Umschreibung eines Gedankens hat wegen der mit ihr verbundenen Abstraktion vielfach eine über die Vorstellung des Verfassers hinausgehende Bedeutung.[9] Für eine historische Interpretation

---

1) Enneccerus-Nipperdey § 54 II; Larenz, Methodenlehre S. 239
2) Larenz, Methodenlehre S. 274
3) Canaris S. 27; Larenz, Methodenlehre S. 210 Anm. 1, S. 222 - 229; Merz AcP 163 S. 306 f; Simitis S. 175 Anm. 2; Wieacker, Gesetz und Richterkunst S. 6 f; Wieacker, Zur rechtsth. Pr. S. 14, 15; Zippelius NJW 1964 S. 1983
4) Arthur Kaufmann JuS 1965 S. 1 ff, 7
5) Engisch, Einführung S. 56; Esser, Grundsatz und Norm S. 102; Larenz, Methodenlehre S. 112, 274; Merz AcP 163 S. 332; Wieacker, Zur rechtsth. Pr. S. 14; Viehweg, Topik S. 56, 71
6) Viehweg, Topik S. 61
7) Arthur Kaufmann JuS 1965 S. 7; Simitis S. 175 Anm. 2
8) Larenz, Methodenlehre S. 220 Anm. 2, 273; Larenz NJW 1965 S. 1, 2, 8; Siebert, Gesetzesauslegung S. 14; Wieacker, Gesetz und Richterkunst S. 6; Merz AcP 163 S. 333 (Gleichheit der Methoden der Auslegung und der Lückenfüllung).
9) Coing, Auslegungsmethoden S. 16 f, 24, 51 f; Engisch, Einführung S. 92 f; Merz AcP 163 S. 318

ist diese "überschießende Bedeutung" [1] ohne Belang. Bei der Gesetzesauslegung geht es aber nicht um die Frage, wie der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches um die Jahrhundertwende entschieden hätte, wenn ihm eine konkrete, jetzt zu entscheidende Frage vorgelegt worden wäre. Die Methode der Gesetzesauslegung wird durch ihr Ziel bestimmt: die Rechtsprechung in der gegenwärtigen Zeit.[2] Die Auslegung ist ein "komplexer deduktiv-induktiver Vorgang"[3] zur Ermittlung einer Entscheidung, die heute gerecht ist. Deshalb muß auch der nach heutigem Verständnis mögliche und wirkliche Gedankeninhalt der Gesetzesworte bei der Gesetzesanwendung berücksichtigt werden.[4] Der Wille der Gesetzesverfasser und die jetzt zeitgemäße Bedeutung der Gesetzesworte sind für die Gesetzesanwendung maßgebend.[5] Es muß gefragt werden, ob die Wahrheit und das richtige Urteil, die von den Gesetzesverfassern aus den ihnen vorschwebenden Sachverhalten abstrahiert worden sind, sich auch zur Beurteilung anderer nicht bedachter Sachverhalte anwenden lassen.

Damit stellt sich die Frage nach dem heute gültigen Gehalt der §§ 138, 826 BGB. Die Verweisung auf die von einer liberalen Gesellschaftsordnung anerkannte Sittenordnung ist zeitbedingt und für die heutigen Verhältnisse zu eng. Das zeigt die Entstehungsgeschichte des § 138 BGB:

> § 106 E I[6] lautete: Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, ist nichtig.

Die Worte "gegen die öffentliche Ordnung" wurden zunächst in die Norm aufgenommen, weil ein Rechtsgeschäft auch nicht gegen die allgemeinen Interessen des Staates verstoßen dürfe.[7] Sie wurden aber später unter anderem deshalb gestrichen, weil die öffentliche

---

1) Coing, Auslegungsmethoden S. 16
2) Coing, Auslegungsmethoden S. 23 f; Esser, Grundsatz und Norm S. 175; Merz AcP 163 S. 319
3) Arthur Kaufmann JuS 1965 S. 7
4) Maßgebend für die Gesetzesauslegung ist nach BVerfGE 1, 299, 312 der "in der Bestimmung zum Ausdruck kommende objektive Wille des Gesetzgebers" (objektive Auslegungstheorie - vgl. Engisch, Einführung S. 89).
5) Eine alternative Entscheidung zwischen der subjektiven und der objektiven Auslegungstheorie ist nicht möglich; beide Gesichtspunkte müssen berücksichtigt werden. - Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung S. 45; Engisch, Einführung S. 97 f; Larenz, Methodenlehre S. 239 f; Merz AcP 163 S. 318 f
6) Mugdan I S. LXXXV
7) Mugdan I 469 = Mot. I 211

Ordnung ein Stück der Rechtsordnung sei und die Rechtsordnung durch ihre eigenen Gebote und Verbote gegen Transaktionen der Privatinteressen geschützt sei.[1] Ungeklärte Fragen bei der Berücksichtigung allgemeiner staatlicher Interessen seien dem Gesetzgeber zu überlassen.[2]

Diese Überlegungen sind ein Nachklang des Positivismus und der Begriffsjurisprudenz, die an die Geschlossenheit einer im Gesetz kundgegebenen Rechtsordnung glaubten. Man meinte, das Gesetz werde dem Richter stets eine Antwort geben, wenn er nur die Methode bewährter Auslegung befolge.[3] Dieses Dogma hat sich als unrichtig erwiesen.[4] Schon das gegenwärtige Leben ist zu vielfältig, als daß es sich einer abschließenden Regelung unterziehen ließe. Erst recht ist es für den Gesetzgeber unmöglich, die zukünftige Entwicklung vorauszusehen und umfassend zu ordnen. Die "Wirklichkeitsverschränktheit menschlicher Rechtssetzung" macht "zeitlos gültige materiale Normierungen" unmöglich. "Gerechtigkeit ist auch ein ius suum cuique saeculo tribuere".[5] Der Einbruch der Geschichtlichkeit in das positive Recht bedingt, daß soziale Veränderungen die Revision bisher gerechter Bewertungsmaßstäbe erforderlich machen oder daß sich auch das geschichtliche Rechtsbewußtsein selbst ändert.[6]

Deshalb ist richterliche Rechtsfortbildung erforderlich. Der Gesetzgeber kann in der heutigen schnellebigen Zeit den Erfordernissen stets sachgerechter Regelungen nicht mehr kontinuierlich genug Rechnung tragen. Es muß daher die unmittelbare Verbindlichkeit außergesetzlicher Instanzen für den Richter anerkannt werden.[7] Das äußere Signal dazu ist die im Grundgesetz ausgesprochene Bindung der Rechtsprechung an "Gesetz und Recht" (Art. 20 III GG).[8] Sie verpflichtet den Richter, das Gesetz im Sinne einer Annäherung

---

1) O.v.Gierke, Entwurf S. 168
2) Mugdan I S. 969 (Kommissionsbericht); S. 1004 (Abgeordneter Gröber in der Reichstagsdebatte)
3) Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit S. 254, 255; Merz AcP 163 S. 307; Esser, Grundsatz und Norm S. 145
4) Canaris S. 176; Engisch, Einführung S. 155 f; Larenz, Methodenlehre S. 302; Merz AcP 163 S. 307 f; Wieacker, Gesetz und Richterkunst S. 6 f
5) Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung S. 40
6) Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung S. 40
7) Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung S. 39; Larenz, Methodenlehre S. 320; Esser JZ 1953 S. 522
8) Wieacker, Gesetz und Richterkunst S. 7; Larenz, Methodenlehre S. 319

an das Recht fortzuentwickeln, wenn das zur Findung einer gerechten Entscheidung erforderlich ist.[1)]

Mit dieser Erkenntnis hat sich auch der Anwendungsbereich der §§ 138, 826 BGB erweitert. Denn der Gesetzgeber kann nicht- wie man noch bei der Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches meinte - verhindern, daß durch strikte Gesetzesanwendung die Grundsätze der Rechtsordnung selbst angegriffen werden, und er kann nicht garantieren, daß das positive Recht stets den Anforderungen einer veränderten Umwelt entspricht.[2)] Die Rechtsordnung muß auch gegen diese Gefahren geschützt werden. Die §§ 138, 826 BGB sollen verhindern, daß das positive Recht unrechtes Verhalten ermöglicht. Heute muß auf Grund dieser Generalklauseln deshalb auch dort eingeschritten werden, wo die Rechtsordnung aus sich selbst heraus ergänzt oder den veränderten Umständen angeglichen werden muß, wo also die Lückenhaftigkeit und die Geschichtlichkeit des positiven Rechts - wenn auch mit bester Gesinnung der Beteiligten - zu unrechtem Verhalten führen. Unter guten Sitten müssen deshalb auch Grundsätze der Rechtsordnung und wichtige Interessen der Allgemeinheit verstanden werden.

Dieser Gedanke wird so formuliert, daß sich die sittlichen Regeln nicht nur auf die Führung des individuellen Lebens, sondern auch auf die Gestaltung der Sozialordnung bezögen und deshalb auch die Sozialethik im Rahmen des § 138 BGB von Bedeutung sei.[3)] Ein Sittenverstoß könne nicht nur im Verhalten gegenüber dem Geschäftsgegner, sondern auch in einem Verstoß gegen die Belange der Allgemeinheit liegen.[4)] Es wird auf die Notwendigkeit hingewiesen, den Begriff "öffentliche Ordnung" oder "ordre public" wieder für die Auslegung der Generalklauseln §§ 138, 826 BGB nutzbar zu machen. Unter diesen Begriffen seien "gewisse Grundprinzipien unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung" zu verstehen, die eigentlich vom Begriff der guten Sitten mitumfaßt seien.[5)] Der Begriff des "Verstoßes gegen die guten Sitten" sei unter Berücksichtigung seiner Ergänzungs- und Fortentwicklungsfunktion aus der Interessenerforschung und aus der Ordnungsaufgabe des Rechts zu gewinnen.[6)]

---

1) Hamann, Grundgesetz Art. 20 B 8 cc; Larenz, Methodenlehre S. 320
2) Merz AcP 163 S. 308
3) Staudinger-Coing § 138 Anm. 4
4) BGH LM § 138 BGB (Ca) Nr. 1
5) Enneccerus-Nipperdey 2. Halbb. § 191 Anm. 6; Abraham AcP 150, 398; Pawlowski ARSP 1964 S. 503 ff, 513; Simitis S. 174
6) Deutsch JZ 1963, 389; Simitis S. 175, 177 - 179, 184; ähnlich Arzt S. 99

Die Auslegung der §§ 138, 826 BGB ist also an der Gesamtrechtsordnung auszurichten. Für die vorliegende Untersuchung folgt daraus: Es muß die Struktur der Sicherungsverträge aufgezeigt und insbesondere nachgewiesen werden, welche sachlichen Gründe zum Schaden der Gläubiger führen und weshalb diese Gründe in der speziellen gesetzlichen Regelung über die Gläubigeranfechtung nicht berücksichtigt sind. Weiterhin ist zu fragen, ob und in welchem Rahmen diese Gründe nach den heutigen Rechts- und Wertvorstellungen - hauptsächlich an der neueren Rechtsprechung gemessen - zu berücksichtigen sind und inwieweit sie sich in die Rechtsordnung systematisch einfügen lassen.

3. TEIL: Die Ursachen und die Verantwortung des Sicherungsnehmers für die Gläubigerschädigung durch Sicherungsverträge

I. Die Bedeutung der Heimlichkeit der Sicherungsübereignung für die Schadensverursachung und für die Verantwortlichkeit des Sicherungsnehmers

Die mangelnde Erkennbarkeit der Sicherungsübereignung für Außenstehende wird vielfach als ein wesentlicher Grund für die Sittenwidrigkeit von Sicherungsverträgen angesehen. Dadurch, daß dem Schuldner trotz der Kreditgewährung der Besitz an den kreditsicherenden Sachen belassen werde, werde ein falscher Schein erweckt. Die Geschäftspartner des Schuldners würden die dem Kreditgeber übertragenen Sachen wegen der mit dem Besitz verbundenen Eigentumsvermutung (§ 1006 BGB) für Vermögen des Schuldners halten und ihm Geld- oder Warenkredite einräumen, weil für ihre Forderungen wegen der trügerischen Besitzlage ein ausreichendes Vermögen zu haften scheine. Damit wird der Verstoß gegen die guten Sitten durch Sicherungsverträge im Grunde nach den für das Pfandrecht geltenden Prinzipen ermittelt. Es wird als anstößig angesehen, daß zur Sicherung das vom Gesetz mißbilligte "heimliche Pfandrecht" benutzt wird. Der Sicherungsnehmer, der durch den gesetzwidrig verursachten Rechtsschein jemanden schädigt oder gefährdet, müßte für die Folgen des Verstoßes gegen die Kreditsicherungsprinzipien des BGB nach §§ 138 I, 826 BGB einstehen.

1.) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Das Reichsgericht führte die Anstößigkeit großer Sicherungsübereignungen jedenfalls zum Teil auf die Heimlichkeit der Sicherungen zurück. Nach seiner Rechtsprechung kann man Sittenwidrigkeit aber nicht schon allein auf Grund fehlender Erkennbarkeit und der daraus folgenden Möglichkeit der Gläubigergefährdung annehmen, z.B. seien solche Sicherungen

für Sanierungskredite nicht sittenwidrig.[1] Auch die Sicherungsübereignung eines Warenlagers sei nicht schlechthin unwirksam.[2] Ein Verstoß gegen die guten Sitten liege nur vor, wenn der Schuldner zugunsten des gesicherten Gläubigers außerstande gesetzt werde, andere Gläubiger zu befriedigen, und das den Parteien bekannt sei, oder wenn sich das Verhalten des Sicherungsnehmers gegen den Schuldner richte (Knebelung).[3] Außerdem sei die nach außen verdeckte Sicherungsübereignung des ganzen Schuldnervermögens an den Gläubiger mit dessen Wissen nichtig und mache schadenersatzpflichtig (sog. Kredittäuschungsvertrag).[4]

Die Gesichtpunkte, die zur Sicherungsübereignung hinzutreten müssen, um eine Schadenersatzpflicht nach § 826 BGB zu begründen, sind in der Entscheidung vom 9. April 1932[5] zusammengefaßt worden: Konkursverschleppung (das gegebene Darlehn kann den Schuldner nicht sanieren, sondern nur den Konkurs hinausschieben und dem Gläubiger eine rechtzeitige Befriedigung ermöglichen), Aussaugung (die Sicherung ist so groß, daß der Schuldner sich nicht mehr frei bewegen kann und daß sein Unternehmen dadurch zum Schaden der übrigen Gläubiger zum Erliegen kommt), stille Geschäftsinhaberschaft (der Schuldner ist in Wirklichkeit nur abhängiger Verwalter, der Gewinn fließt dem Sicherungsnehmer zu, den Verlust trägt der mittellose Schuldner), Kreditbetrug (der Sicherungsnehmer täuscht als Täter oder Teilnehmer arglistig durch den gegen Sicherheiten gegebenen Kredit über die Kreditunwürdigkeit des Schuldners hinweg und veranlaßt so andere zur Kreditgewährung), Gläubigergefährdung (sie ist den übrigen vier Tatbeständen gegenüber eine Art Generalklausel: Umfang und Undurchsichtigkeit der Sicherheiten begründen die nicht ganz fernliegende Gefahr, daß spätere nichtsahnende Kreditgeber zu Schaden kommen; betrügerische Absicht liegt jedoch nicht vor).

Dagegen kann die Knebelung nicht zur Schadenersatzpflicht nach § 826 BGB führen. Sie richtet sich nicht unmittelbar gegen die anderen Gläubiger, sondern nur mittelbar über die oft mit ihr verbundene Aussaugung.[6]

---

1) RG 27. Febr. 1931 RGZ 132, 183 ff, 187
2) RG 8. Nov. 1927 RGZ 118, 361 ff, 363
3) RG 8. Nov. 1927 RGZ 118, 362 f
4) RG 4. März 1930 RGZ 127, 337 ff, 340;
RG 16. Sept. 1930 RGZ 130, 3 ff
5) RGZ 136, 247 ff, 253 f
6) RG 9. April 1932 RGZ 136, 293 ff, 295

Für die Nichtigkeit nach § 138 BGB sei nicht wie bei § 826 BGB mindestens bedingter Schädigungsvorsatz erforderlich. Habe der Sicherungsnehmer nur die Umstände gekannt, aus denen sich die schlechte Vermögenslage des Schuldners und somit die mögliche Gläubigerschädigung ergäben, habe er sich aber trotzdem die erforderliche Einsicht grob fahrlässig nicht verschafft, so sei das Geschäft nichtig[1].

Besonders auf die vom Reichsgericht herausgestellte vorsätzliche Gläubigergefährdung i.S.d. § 826 und die grob fahrlässige, zur Nichtigkeit führende Gläubigergefährdung i.S.d. § 138 haben in der Folgezeit die Gerichte zurückgegriffen. Unter diesen Gesichtspunkten konnten am leichtesten die typischen, von den Parteien häufig nur fahrlässig verursachten Gefahren großer Sicherungen erfaßt werden. Es brauchte nur auf die mehr oder weniger große Gefährlichkeit abgestellt zu werden. Daran wird deutlich, daß schon die mangelnde Erkennbarkeit der Sicherungen als in gewissem Grade anstößig angesehen wurde. Denn die Gefahren, die durch Sicherungsverträge verursacht werden, genügen nicht, um das Verhalten des Sicherungsnehmers oder beider Parteien zum sittenwidrigen zu stempeln. Wer eine durch die Verhältnisse gebotene Sachlage zum eigenen Vorteil ausnutzt, handelt nicht sittenwidrig, wenn dadurch andere in ihren Interessen beeinträchtigt werden. Er muß nur die Verhältnismäßigkeit zwischen dem eigenen Nutzen und dem fremden Schaden wahren [2]. Wird bei der Sicherungsübereignung jedoch der Verkehr durch die trügerische Besitzlage über die wahren Eigentumsverhältnisse getäuscht, so folgt daraus stets die Sittenwidrigkeit einer Gläubigergefährdung, und zwar auch, wenn die Gefahr nicht besonders groß ist. Verwerflich ist dann, daß zur Kreditsicherung das vom Gesetz wegen der mangelnden Offenkundigkeit mißbilligte "heimliche Pfandrecht" benutzt wird. Diese Rechtsprechung, die im Ergebnis nur auf die mehr oder weniger große Gefährlichkeit der Sicherungsverträge abstellt, ist nur so lange zu vertreten, wie der Gebrauch der Sicherungsübereignung selbst etwas Anstößiges an sich hat und dieses Sicherungsinstitut nur dort ausnahmsweise geduldet wird, wo andere dadurch lediglich gering gefährdet werden.

Es muß deshalb untersucht werden, ob die Heimlichkeit der Sicherungsübereignung entscheidend zur Gefährdung der Gläubiger beiträgt oder was sonst die Verantwortung des

---

1) RG 21. Dez. 1933 RGZ 143, 48 ff, 52
2) RGRK-BGB (Haager) § 826 Anm. 10; Westermann, Interessenkollisionen S. 33

Sicherungsnehmers für die Schäden der Gläubiger des Sicherungsgebers begründen kann.

2.) Verantwortung für die Schädigung unter dem Kreditsystem der Jahrhundertwende und des BGB

Besonders die Gläubiger, die erst nach der Sicherungsbestellung dem Schuldner Kredit gewähren (Neugläubiger), scheinen durch die Heimlichkeit der Sicherungsübereignung beeinträchtigt zu werden. Bei ihnen liegt die Annahme nahe, sie könnten durch einen falschen Schein der Eigentumsverhältnisse zum Abschluß schädlicher Verträge verleitet werden.

Diese Ansicht war unter dem Kreditsystem der Jahrhundertwende, das im BGB normiert worden ist, berechtigt. Die Frage nach der Verantwortung des Sicherungsnehmers konnte damals, als die Sicherungsübereignung und die Sicherungsabtretung noch wenig Bedeutung hatten, ziemlich einfach beantwortet werden. Darlehen oder Warenlieferungen wurden vielfach ohne Sicherheiten oder ohne sofortige Bezahlung hingegeben, weil sich die Geschäftsleute untereinander gut kannten und nach dem Alter, dem Ruf und den Gepflogenheiten einer Firma entscheiden konnten, ob man auf die Erfüllung einer Forderung vertrauen und der Firma "Kredit" geben durfte. Erlebte ein Unternehmen einen Aufschwung oder konnte es seinen alten Stand halten, so durfte man davon ausgehen, daß ihm entweder genügend eigene Mittel zur Verfügung standen oder daß es noch so kreditwürdig war, daß ihm ungesicherte Gelder und Waren von anderer Seite gegeben wurden. Falls es zur Insolvenz kommen sollte, mußte zwar mit weiteren gleichberechtigten Gläubigern gerechnet werden, die Gläubiger brauchten aber nicht in Betracht zu ziehen, daß der Aufschwung des Unternehmens mit einer umfangreichen Belastung des schuldnerischen Vermögens erkauft war. Die Rechtsordnung ließ derartige Geldbeschaffungen nur in geringem Maße zu. Lediglich Grundstücke und die für das Unternehmen entbehrlichen Sachen wie Wertpapiere, Schmuck oder Kostbarkeiten konnten für Realkredite verwendet werden.

Wurde durch weitgehende Sicherungsübereignung eine "Scheinblüte" erreicht, so wurde damit ein Zustand geschaffen, mit dem der Kreditverkehr nicht zu rechnen brauchte. Getäuscht wurde nicht durch die trügerische Besitzlage über die wahren Eigentumsverhältnisse, sondern dadurch, daß dem Kreditsystem des BGB, das größere Sicherungen nur

durch Grundpfandrechte zuläßt, außergewöhnliche Sicherungsmittel hinzugefügt wurden. Für voraussehbare Folgen dieses Verhaltens mußten die Sicherungsnehmer einstehen, weil das Vertrauen des Verkehrs auf die ordentlichen Kreditverhältnisse getäuscht wurde.

Fraglich war aber, worauf der Verkehr vertrauen durfte: darauf, daß die bewegliche Habe im Besitz des Schuldners nicht belastet war, oder auch darauf, daß einem Unternehmer wegen des überkommenen, sicherungsunfreundlichen Kreditsystems ein größerer Kredit nur gegeben wurde, wenn er noch kreditwürdig war. Das Reichsgericht hat zunächst die erste Ansicht vertreten.[1] Auch bei Schadenersatzansprüchen seien grundsätzlich - von schweren Fällen wie denen des Kreditbetruges abgesehen - nur die Sicherheiten freizugeben; es müsse nicht der ganze Ausfall der Neugläubiger bezahlt werden. Die Kreditgewährung als solche sei nicht sittenwidrig und verpflichte deshalb nicht zum Schadenersatz. Später hat das Reichsgericht diese Rechtsprechung aufgegeben und entschieden, auch bei der Gläubigergefährdung könne Ersatz des ganzen Ausfalls verlangt werden, denn der Sicherungsnehmer täusche auch in diesem Fall den redlichen Verkehr in sittenwidriger Weise.[2]

Von dem Standpunkt aus, die Sicherungsübereignung sei ein Fremdkörper des Kreditwesens, erscheint das folgerichtiger. Der Verkehr durfte darauf vertrauen, daß nur im herkömmlichen Rahmen Kredit gewährt wurde, also auch darauf, daß das Vermögen des Schuldners nicht nur von dinglichen Belastungen, sondern auch von den dazu gehörigen Forderungen frei war. Deshalb mußten die geschädigten Gläubiger so gestellt werden, als ob sie die Verschuldung des Schuldners gekannt und deshalb nicht mit ihm abgeschlossen hätten.

3.) Das heutige, durch Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung charakterisierte Kreditsystem

Inzwischen hat sich das Kreditwesen grundlegend geändert. Mit dem Wachstum der Wirtschaft und den immer komplizierter und kostspieliger werdenden Produktions- und Werbungsverfahren ist auch der Kreditbedarf größer geworden. Das Verhältnis zwischen Kredit und Eigenkapital der Unternehmer hat sich zuungunsten des Eigenkapitals verschoben. Damit ist die Gefahr für die ungesicherten Gläubiger gewachsen. Da die Pfandrechte des BGB

---

1) RGZ 136, 247 ff, 255, 256
2) RGZ 143, 48 ff, 53

für den erhöhten Kreditbedarf und das damit verbundene größere Sicherungsverlangen der Gläubiger nicht ausreichten, haben sich gewohnheitsrechtlich die Sicherungsübereignung und die Sicherungsabtretung durchgesetzt. Diese Erleichterung bei der Kreditsicherung hat ihrerseits die Gewährung ungesicherten Kredits zurückgedrängt und bewirkt, daß das Vermögen der Kreditnehmer von den Gläubigern in immer größerem Umfang in Beschlag genommen wird und so die Reserven der Unternehmer geschmälert werden. Der dadurch bedingte Mangel an freiem Eigenkapital hat die Anfälligkeit der Geschäftspartner für Konjunkturschwankungen erhöht. Ungesicherter Kredit kann deshalb nur noch in kleinem, ziemlich gefahrlosem Rahmen gewährt werden. Die Sicherungsübereignung und die Sicherungsabtretung können daher nicht ohne gesetzgeberischen Eingriff erheblich eingeschränkt oder untersagt werden. Ihr Gebrauch kann nicht als schlechthin sittenwidrig angesprochen werden, besonders weil die Gefahr einer Täuschung geringer geworden ist. Der Verkehr muß mit Sicherungsübereignungen und -abtretungen, auch mit umfangreichen, rechnen. Er muß in Betracht ziehen, daß ein neu gegründetes Unternehmen weitgehend mit fremdem, durch das wenige Geschäftskapital gesichertem Geld arbeitet, oder daß ein anderes Unternehmen seine Geschäfte im alten Umfang nur durch ebenso gesicherte große Kredite weiterführen und so eine nach außen nicht sichtbare Krise überwinden kann. Bauer-Mengelberg[1] hat deshalb schon 1931 mit Recht darauf hingewiesen, daß diejenigen Kreditgeber keinen Schutz verdienen, die sich auf den äußeren Anschein des vorhandenen Inventars und der Warenvorräte verließen und deshalb von einer Kreditsicherung absähen. Der Schuldner könne z.B. auch Vorbehaltsgut seiner Frau oder Kommissionsware im Besitz haben. Es sei eine Naivität, sich bei der Beurteilung der Kreditwürdigkeit auf die Vermutung des § 1006 BGB zu stützen. Diese Norm habe für den Kreditverkehr keine praktische Bedeutung. Aus ihr könne eine Kredittäuschung durch Sicherungsübereignung nicht hergeleitet werden.

4.) Zusammenhang zwischen der Besitzlage und der Kreditwürdigkeit?

a) Die Ansicht Bauer-Mengelbergs wird durch die Gründe bestätigt, die zur Schaffung der Eigentumsvermutung des § 1006 BGB und des durch den Besitz des Pfandgläubigers erkennbaren Pfandrechts geführt haben.

---

1) Anm. zu einem RG-Urteil JW 1931 S. 2088 q

Es wurde zwar anerkannt, daß das geheime Pfandrecht auch "die Sicherheit des Verkehrs, namentlich auf den Fall des Konkurses hin, beeinträchtige und deshalb unerwünscht sei.[1] Ein wesentlicher Punkt war aber, daß der durch das Pfandrecht gesicherte Gläubiger nicht befürchten sollte, an dem ihm verpfändeten Gegenstand bestehe bereits ein anderes Pfandrecht oder sein Sicherungsrecht werde durch eine spätere Verpfändung an einen Gutgläubigen beeinträchtigt.[2] Die Motive[3] sagen, der Erwerber einer Sache, die ihm durch ein nach außen nicht erkennbares Besitzkonstitut übereignet worden sei, sei gegen die Verletzung seines Rechts durch den Veräußerer durch strafrechtliche Sanktionen (Unterschlagung) geschützt. Wenn dem Pfandgläubiger ein solcher Rechtserwerb nicht gestattet sei, so deshalb, weil § 289 StGB eine weniger weite Strafdrohung enthalte. Außerdem ist nach dem BGB der Rechtsschein nur von Bedeutung, "falls der Gutgläubige rechtliche Beziehungen zu einem bestimmten Gegenstand erwerben will, dessen Rechtslage unrichtig wiedergegeben wird".[4] Besitz und Verfügungen müssen für den gutgläubigen Erwerb nach §§ 1205 ff, 932 ff BGB zusammentreffen, der Rechtsschein als solcher wird nicht geschützt.

Das gilt auch für § 1006 BGB. Die Eigentumsvermutung zugunsten des Besitzers ist geschaffen worden, um dem Eigentümer in Vindikations-, Kondiktions- und Schadenersatzprozessen den Beweis zu erleichtern[5], also dann, wenn um die rechtliche Zuordnung einer Sache, die er im Besitz hat oder hatte, gestritten wird. Im Konkurs kommt diese Beweiserleichterung zwar auch dem Konkursverwalter und insofern den ungesicherten Gläubigern zugute, aber doch nur, wenn die Eigentumsverhältnisse zwischen dem Gemeinschuldner und einem anderen unklar sind, nicht aber schon dann, wenn sie für einen Außenstehenden nicht erkennbar sind.

Das BGB schützt also nicht unmittelbar das Vertrauen eines Gläubigers darauf, aller Besitz des Schuldners sei auch haftendes Vermögen. Nur wegen des vom BGB vertretenen Kreditsystems - große Kreditsicherungen waren nur durch Grundprandrechte möglich - konnte man mit einiger Wahrscheinlichkeit annehmen, daß die beweglichen Sachen im Besitz des Schuldners im wesentlichen dem Zugriff der ungesicherten Gläubiger offenstanden.

---

1) Mugdan III 447 = Mot. III 801
2) Boehmer, Grundlagen II 2 S. 144
3) Mugdan III 447 = Mot. III 801, 802
4) Westermann, Interessenkollisionen S. 37
5) Mugdan III 518 = Prot. III 46; Mugdan III 979 (Denkschrift)

Die wenigen Ausnahmen - Vorbehaltsgut, Kommissionsware, Vorbehaltseigentum - machten bei Handelsunternehmen gewöhnlich nicht den Hauptteil des Vermögens aus. Diese Annahme war aber keine rechtliche Vermutung, sondern nur eine tatsächliche Erfahrung. Nachdem sich die tatsächlichen Verhältnisse geändert haben, kann man von dieser Erfahrung nicht mehr ausgehen.

b) Die Heimlichkeit der Sicherungsübereignung kann auch deshalb nicht entscheidend für die Frage der Sittenwidrigkeit sein, weil gleiche Gefahren für den Kreditverkehr auch durch die "offenkundigen" Pfandrechte entstehen können. Wenn der Schuldner sein Vermögen im wesentlichen schon seinen Gläubigern zur Sicherung übertragen hat und er nunmehr nur noch ein unbelastetes Grundstück - z.B. ein erst kürzlich durch Erbgang erworbenes - hat und dieses gegen einen großen Kredit belastet, so kann sein Unternehmen auf diese Weise ebenfalls eine "Scheinblüte" erleben. Dadurch können die Gläubiger zur Gewährung ungesicherter Kredite veranlaßt werden. Von dem Grundstück werden sie möglicherweise keine Kenntnis haben. Aber auch wenn sie davon wissen, werden sie nur in seltenen Fällen die Möglichkeit nützen, das Grundbuch einzusehen.[1] Ebenso kann der Schuldner Wertpapiere verpfänden und dadurch neue Kredite erhalten, ohne daß für den Verkehr ein entsprechender Schwund des schuldnerischen Vermögens durch die Verpfändung sichtbar wird.

Die Tatsache, daß die Gefahren für die Gläubiger vorwiegend bei der Sicherungsübereignung und der Sicherungsabtretung auftreten, hängt damit zusammen, daß dem Kreditgeber andere Sicherungen (Grundpfandrechte, Verpfändungen von Wertpapieren) lieber sind,

---

1) Die Einsicht in das Grundbuch ist jedem gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt (§ 12 Grundbuchordnung). Auch ungesicherte Gläubiger haben ein Einsichtsrecht, wenn nach den Verhältnissen verständigerweise eine Sicherung im Wege der Zwangsvollstreckung in Betracht kommt und nicht nur aus Neugierde unter dem Vorwand eines berechtigten Interesses Einblick begehrt wird (KG KGJ 20 (1900) S. 175; Hesse-Saage-Fischer GBO § 12 II).
Von dieser Möglichkeit wird aber besonders von Kleingläubigern (Arbeitnehmern, Handwerkern, Lieferanten) nur selten Gebrauch gemacht. Schon die Tatsache, daß die Gründe für die Einsicht dargelegt werden müssen und daß es sich nicht um ein offenes Register handelt, in das "jeder" einsehen kann (so das Handels-, Vereins-, Güterrechtsregister § 9 HGB, §§ 79, 1563 BGB), schreckt zurück. Es wird u.a. befürchtet, der Arbeitgeber könne es als Indiskretion ansehen, wenn sich die Arbeitnehmer nach seinen Grundstücksbelastungen erkundigten.

weil sie für den gesicherten Gläubiger weniger Gefahren wie die der ungültigen Bestellung oder des Rechtsverlustes mit sich bringen. Der Entzug durch einen unredlichen Schuldner und Prozesse, die durch die Inanspruchnahme des Kreditgebers entstehen können, sind bei ihnen nicht zu befürchten. Sicherungsübereignungen und - abtretungen sind deshalb erfahrungsgemäß die letzten und damit die eigentlich gläubigerschädigenden Sicherungen. Das ist keine Folge ihrer Heimlichkeit, sondern durch die Änderung des Kreditsystems bedingt. Das Vermögen kann heute einfacher von Sachwerten in Geldmittel umgewandelt werden.

II. Der Schädigungsvorgang und die Mitwirkung des Sicherungsnehmers

Da aus der mangelnden Erkennbarkeit der Sicherungsübertragungen für Außenstehende nicht ihre Anstößigkeit hergeleitet werden kann, stellt sich erneut folgende Frage: Aus welchen Gründen, wenn nicht wegen der Schaffung eines trügerischen Rechtsscheins, kann der Kreditgeber für die Schäden der Gläubiger des Kreditnehmers verantwortlich gemacht werden? Das hängt zunächst davon ab, in welcher Weise der Schaden verursacht wird und wie der Kreditgeber (Sicherungsnehmer) daran mitwirkt.

1.) Die Entstehung des Schadens im allgemeinen

Durch die Darlehnsgewährung gegen angemessene Sicherheiten - ob "heimliche" oder "offenkundige" - wird das Vermögen des Schuldners in seinem Umfang zunächst gar nicht berührt. "Die Sicherung gleicht nur den Zufluß neuer Mittel in das Vermögen des Schuldners aus. Würde in diesem Augenblick der Konkurs eröffnet, wäre nicht einmal die Konkursquote der nicht gesicherten Gläubiger verschlechtert".[1] Der Schaden tritt erst durch spätere Ereignisse ein: Das investierte Geld geht durch Fehlkalkulationen des Schuldners, durch Konjunkturrückgang oder dadurch verloren, daß der Kredit nicht zur Produktion, sondern z.B. zur Befriedigung drängender, nicht mehr zu vertröstender Gläubiger verwendet wird.[2]

---

1) Westermann, Interessenkollisionen S. 31; ebenso Westerwelle S. 21

2) Westermann S. 32; Westerwelle S. 23, 24; bei der Befriedigung einzelner Gläubiger mit dem Kredit wird das Vermögen zwar nicht gemindert, da sich die Schulden verringern. Die nicht gesicherten Gläubiger erleiden aber im Konkurs einen höheren Ausfall, weil einige Gläubiger schon voll befriedigt worden sind (Westerwelle S. 23, 24).

Wenn in solchen Fällen ein Sicherungsvertrag oder das Verhalten des Sicherungsnehmers für sittenwidrig erklärt werden und dem Kreditgeber damit das Sicherungseigentum abgesprochen oder er zum Schadenersatz verpflichtet wird, lädt man ihm im Ergebnis eine "Garantiepflicht dafür auf, daß die von ihm dem Schuldner zugewandten Mittel wertmäßig ständig in dem schuldnerischen Vermögen erhalten bleiben".[1] Westermann ist der Ansicht, eine solche Verpflichtung aufzustellen, sei unberechtigt; jeder Gläubiger müsse selbst die Gefahr dafür tragen, daß er seine Ansprüche nicht durchsetzen könne, weil das Vermögen des Schuldners durch Fehlmaßnahmen verloren gehe.[2] Dagegen wird geltend gemacht: Bei Sicherungsverträgen würden den Gläubigern Vollstreckungsobjekte entzogen, auf die sie sonst im Fall der Insolvenz hätten zurückgreifen können.[3] Ob der Schaden für die ungesicherten Gläubiger unmittelbar durch nachteilige Verträge oder mittelbar durch die Sicherungsübereignung entstehe, sei gleichgültig.[4]

Diese Meinungsverschiedenheit verdeutlicht die eigentliche Schadensursache. Durch Sicherungsverträge wird das Vermögen des Schuldners nicht in seinem Umfang, aber in seiner Sicherheit berührt, weil es von Sachwerten in Geldmittel umgesetzt wird. Es ist fortan größeren Gefahren durch die Einwirkung des Schuldners, aber auch durch andere Umstände ausgesetzt.

2.) Ursachen und Verantwortung für die Schädigung der Altgläubiger

Durch Sicherungsverträge können diejenigen Gläubiger des Schuldners geschädigt werden, die schon vor der Bestellung der Sicherheiten Forderungen gegen ihn hatten (Altgläubiger), aber auch die, die erst später seine Gläubiger wurden (Neugläubiger).

---

1) Westermann, Interessenkollisionen S. 32
2) Westermann, Interessenkollisionen S. 32
3) Schlosser S. 41
4) So ist es wohl zu verstehen, wenn Westerwelle (S. 31) gegen die Meinung Westermanns ausgeführt: Ob die ungesicherten Gläubiger den durch nachträgliche Verschlechterung der Lage entstehenden Schaden selbst tragen müßten, dürfe nicht innerhalb der Frage geprüft werden, ob durch eine Sicherungsübereignung nicht gesicherten Gläubigern ein Schaden entstehen könne. Im Ergebnis nimmt Westerwelle (S. 52) eine Haftung für mittelbare Schäden bei naheliegender Schadensmöglichkeit an.

Die Altgläubiger können dadurch geschädigt werden, daß ein bisher ungesicherter Kredit nachträglich gesichert wird.[1] Durch die Sicherung verschafft sich "der bisher in einer Reihe mit den übrigen Gläubigern stehende Gläubiger Vorrechte und drängt damit die übrigen Altgläubiger zurück".[2] Dieselbe Schadensfolge kann durch Umfinanzierung oder dadurch eintreten, daß der Zug um Zug gegen eine Sicherung gewährte Kredit verbraucht wird, ohne daß sich das schuldnerische Vermögen dadurch entsprechend vermehrt (konsumtive Kreditverwendung).[3] In allen Fällen tritt der Schaden nicht durch die Täuschung der Gläubiger ein. Ob die Sicherungen "offen" oder "heimlich" sind, kann hier - abgesehen von den allgemeinen Bedenken -[4] keine Rolle spielen. Durch Täuschung werden die Altgläubiger nur geschädigt, "wenn sie durch Undurchsichtigkeit der Sachlage von der rechtzeitigen Beitreibung ihrer Forderungen abgehalten" werden[5], wenn also durch die Kredithingabe "der Anschein eines wirtschaftlichen Aufschwunges des Schuldners erweckt und der nicht gesicherte Altgläubiger dadurch veranlaßt wird, von der an sich beabsichtigten Realisierung seiner Forderung zunächst abzusehen".[6]

Von diesen Ausnahmen abgesehen, wird also der Schaden der Altgläubiger durch einen Vermögensschwund verursacht. Der Kreditgeber führt diese Vermögensminderung entweder durch die nachträgliche Sicherung seines Kredites unmittelbar herbei, oder sie ergibt sich mittelbar aus der Gefährdung des schuldnerischen Vermögens durch den Sicherungsvertrag. Werden die Altgläubiger ohne Täuschung nur durch die nachträgliche Sicherung oder durch die konsumtive Kreditverwendung geschädigt, so kann dem Kreditgeber als sittenwidrig lediglich vorgeworfen werden, daß er die für die Gläubiger ungünstig und schädliche Entwicklung der schuldnerischen Vermögensverhältnisse schon vorausgesehen oder an ihnen mitgewirkt hat. Das Reichsgericht hat einen Schadenersatzanspruch der Altgläubiger in solchen Fällen angenommen, wenn die Voraussicht unter verwerflichen Umständen oder die Mitwirkung aus eigennützigen Beweggründen stattfand, nämlich dann, wenn der Kredit den wirtschaftlichen Todeskampf nur zur besseren Befriedigungsmöglichkeit

---

1) Westermann, Interessenkollisionen S. 32; Westerwelle S. 31
2) Westermann S. 32; ähnlich Westerwelle S. 31
3) Westerwelle S. 23 - 25; ähnlich Westermann S. 32
4) vgl. 3. Teil I 4
5) RGZ 136, 247 ff, 254
6) Westerwelle S. 22

des Kreditgebers verlängern sollte (Konkursverschleppung), wenn der Sicherungsnehmer den Schuldner aus gleichen eigensüchtigen Motiven durch die Einengung seiner Mittel und seiner Bewegungsfreiheit dem Konkurs zutrieb (Aussaugung) oder wenn der Schuldner in Wirklichkeit nur noch die Stellung eines abhängigen Verwalters des Kreditgebers hatte (stille Geschäftsinhaberschaft).[1)]

Gegenüber den Altgläubigern hat der Kreditgeber nicht eine Täuschung des Kreditverkehrs zu verantworten, sondern die eigennützige anstößige Einwirkung auf die Vermögensverhältnisse des Schuldners.

3.) Ursachen und Verantwortung für die Schädigung der Neugläubiger

Den ungesicherten Neugläubigern kann dadurch ein Schaden entstehen, daß sie dem schon gefährdeten Schuldner Kredit gewähren, dafür aber keine, wie sie meinen, mit ziemlicher Sicherheit durchsetzbaren Forderungen erlangen. Für den Schaden der Neugläubiger kann der Kreditgeber ebenso wie für den Schaden der Altgläubiger deshalb verantwortlich sein, weil er den Schwund des schuldnerischen Vermögens unter verwerflichen Umständen vorausgesehen oder an ihm aus eigennützigen Beweggründen mitgewirkt hat. Den Neugläubigern gegenüber kann aber ein weiterer Grund für die Haftung des Sicherungsnehmers hinzutreten: die Verleitung der Neugläubiger zur Kreditgewährung trotz der gefährdeten Lage des Schuldners. Dieser Umstand kann die Haftung des Sicherungsnehmers gegebenenfalls ausdehnen.

a) In der Literatur wird zwar die Ansicht vertreten, es könnten weder der Gesichtspunkt der Heimlichkeit der Sicherungen noch der der Täuschung der Neugläubiger zur Begründung der Sittenwidrigkeit verwendet werden. Da kein Zusammenhang zwischen der Besitzlage und der Kreditwürdigkeit bestehe, könnten sich die ungesicherten Gläubiger nicht auf die dingliche Rechtslage bestimmter Einzelgegenstände, sondern nur auf "gesunde Bilanzverhältnisse" des Schuldners verlassen.[2)] Wegen des Risikocharakters eines jeden Kredits müsse sich der Gläubiger im eigenen Interesse genau nach den Vermögensverhältnissen seines Schuldners erkundigen. Dabei werde er auch die Sicherungsübereignungen und die Siche-

---

1) RGZ 136, 247 ff, 253, 254

2) Westermann, Interessenkollisionen S. 37

rungsabtretungen erkennen können. Soweit die Sicherungen "buchoffenkundig", d.h. aus den Geschäftsbüchern des Schuldners zu erkennen seien, könnten die Gläubiger also im allgemeinen[1] nicht getäuscht werden.

Trotz dieser Einwendungen wirkt der Sicherungsnehmer an der Schädigung der Neugläubiger durch Täuschung mit. Die von den gefährlichen Auswirkungen der großen Sicherungsverträge am meisten betroffenen Gläubiger, die Arbeitnehmer und die kleineren Lieferanten und Handwerker, können sich einerseits in die Vermögensverhältnisse des Schuldners keinen Einblick verschaffen, werden aber andererseits durch die Kreditgewährung gegen Sicherungen über die Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht.

Es gibt zwar einige Großgläubiger, die sich den erforderlichen Einblick in den Betrieb des Schuldners verschaffen können. Besonders Kreditinstitute prüfen vor einer Kreditgewährung regelmäßig eingehend die Vermögensverhältnisse des Kreditsuchenden. Der Kreditnehmer muß sich das gefallen lassen, um den Kredit zu erhalten. Auch vereinzelte Warenlieferanten, besonders wenn sie eine Monopolstellung innehaben, können von ihren Abnehmern die Offenlegung der Vermögensverhältnisse verlangen.[2] Diese Gläubiger benötigen aber regelmäßig gar nicht den sich aus §§ 138, 826 BGB ergebenden Schutz. Sie sichern sich durch Sicherungsübertragungen und Eigentumsvorbehalte ab. Gegen sie richten sich gerade die Ansprüche aus der Sittenwidrigkeit der Sicherungsverträge. Viele Kleingläubiger (Arbeitnehmer, kleinere Lieferanten und Handwerker) können wegen ihrer Stellung jedoch keinen Einblick in den Betrieb des Schuldners erlangen.[3] Die Arbeitnehmer können das Verhältnis zu ihrem Arbeitgeber nicht von vornherein durch Fragen nach seinen Vermögens- und Betriebsverhältnissen belasten. Ein solches Mißtrauen würde selbst bei einem Mangel an Arbeitskräften die Stellungssuche unmöglich machen. Außerdem kann ein Kaufmann seine Vermögensverhältnisse wohl wenigen Großgläubigern, mit denen er fast wie mit Teilhabern vertrauensvoll zusammenarbeitet, offenbaren, nicht aber der großen Zahl seiner Arbeitnehmer. Dadurch könnte die Kreditwürdigkeit eines Unternehmens, das sich in nicht allzu gefährlicher Lage befindet, stark angegriffen werden. Es wäre auch prak-

---

1) abgesehen von dem Fall der absichtlichen Verschleierung der Kreditverhältnisse (Kreditbetrug) - Westermann, Interessenkollisionen S. 38
2) Westerwelle S. 48; Schlosser S. 44
3) Ascher, Anm. zu LM § 138 BGB (Bb) Nr. 3; Schlosser S. 44; Westerwelle S. 46

tisch kaum durchführbar, den vielen Arbeitnehmern die schwierigen Vermögensübersichten klarzumachen.[1] Ähnliches gilt für viele Warenlieferanten und Werklohngläubiger. Besonders in Zeiten harter Konkurrenz können sie regelmäßig ihre Angebote nicht mit der Forderung nach Offenlegung der Kreditverhältnisse verbinden[2]. Ein so "vorsichtiger" Kaufmann würde kaum Geschäfte abschließen.[3]

b) Die mangelnde Einblicksmöglichkeit hat zur Folge, daß die genannten Gläubiger durch umfangreiche Sicherungsverträge zu ihrem Schaden über die Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht werden können. Das schuldnerische Vermögen wird durch solche Verträge zwar zunächst in seinem Umfang nicht berührt. Durch die Umsetzung von Sachwerten in Geldmittel tritt aber eine größere Unsicherheit der Vermögensverhältnisse des Schuldners ein. Dennoch kann sich die Lage des Schuldners durch eine Kreditgewährung gegen Sicherungen nach außen hin scheinbar verbessern. Die Kleingläubiger können die Kreditwürdigkeit eines Schuldners nur nach dem Umfang der von ihm getätigten Geschäfte und nach seinen Zahlungsgepflogenheiten beurteilen. Einem Schuldner, der einen guten Umsatz und der seinen Zahlungsverpflichtungen bisher pünktlich nachgekommen ist, wird auch weiterhin auf Kredit geliefert. Diese äußere Kreditwürdigkeit kann trotz des Vermögensfalls des Schuldners durch Kredite gegen Sicherungen zum Schaden der Kleingläubiger erhalten werden. Das zeigt folgender Fall: Einem Schuldner, der nur noch wenig freies Vermögen, aber hohe Schulden hat, kann die Zahlungsunfähigkeit drohen. Bei Offenlegung seiner Vermögensverhältnisse wird er allenfalls gegen Beleihung seiner letzten Vermögensstücke gesicherten Kredit erhalten. Ungesicherten Kredit wird er aber nicht mehr bekommen. Sobald er seine Zahlungsverpflichtungen nicht mehr pünktlich erfüllen kann, werden auch die Kredite durch die Kleingläubiger (Waren- und Leistungslieferungen) eingeschränkt werden oder aufhören. Gelingt es dem Schuldner, gegen Übertragung seiner letzten Vermögensgegenstände zur Sicherung Kredit zu erhalten, so verbessern sich seine Vermögensverhältnisse dadurch nur insofern, als der Schuldner hoffen kann, mit dem neuen Kredit die

---

1) Schlosser S. 44

2) Berges BB 1954, 888: Nur wer umfassende Maßnahmen in der Geschäftsverbindung mit dem Schuldner ergreifen will, hat die Legitimation und die Möglichkeit, sich vom Schuldner ausreichend unterrichten zu lassen.

3) Westerwelle S. 49

Krise zu überwinden und wieder zahlungsfähig zu werden. Andererseits droht die Gefahr, daß auch die mit dem neuen Kredit getätigten Geschäfte fehlschlagen und der Schuldner damit auch um sein letztes Vermögen gebracht wird. Das Bild, das sich den Kleingläubigern bietet, sieht anders aus. Sie bemerken lediglich, daß der Umsatz und die Zahlungsgepflogenheiten des Schuldners entweder unverändert bleiben oder wieder einen früheren günstigeren Stand erlangen. Sie erbringen dem Schuldner weiterhin ihre Vorleistungen, weil ihnen seine gefährdete Lage wegen des gesicherten Kredits an ihn verborgen bleibt. Der Sicherungsnehmer (Kreditgeber) bewirkt nicht durch einen falschen äußeren Rechtsschein (Besitz trotz fehlenden Eigentums) den Anschein der Kreditwürdigkeit des Schuldners, sondern dadurch, daß er ihm dazu verhilft, seine Geschäfte im bisherigen Umfang weiterzuführen. Dadurch trägt der Kreditgeber zur Schädigung der Neugläubiger bei. [1)]

Diese Täuschung des Kreditverkehrs allein macht das Verhalten des Kreditgebers aber noch nicht sittenwidrig, denn dieselbe gefährliche Lage kann durch Kredite eintreten, für die der Schuldner keine Sicherungen bestellt. Eine Bank leiht z.B. einem Schuldner, der kein freies Vermögen mehr hat, Geld gegen die Hypothek an einem nicht dem Schuldner, sondern einem Verwandten gehörenden Grundstück. Der Schuldner kann dann ebenfalls seine Geschäfte weiterführen und Neugläubiger zu gefährlichen Kreditgeschäften bewegen. Solche Kreditgewährung wird grundsätzlich nicht sittenwidrig sein. [2)] Die Gefährlichkeit des Geschäfts genügt nicht, um die Sittenwidrigkeit zu begründen. Das Verhältnis zwischen dem eigenen Nutzen des Kreditgebers (Sicherungsnehmers) und der von ihm verursachten Gefahr für andere muß anstößig sein. [3)] In den neueren Abhandlungen über die Sittenwidrigkeit von Sicherungsübereignungen wird deshalb die Ansicht vertreten, man müsse auf eine gewisse intensive, unverhältnismäßig große Gläu-

---

1) Westermann, Interessenkollissionen S. 32: "Wenn .. bei einem an sich konkursreifen oder doch kreditunwürdigen Schuldner der gesicherte Kredit ein Fortvegetieren des Schuldners ermöglicht, so kann das kausal für die schädigende Kredithingabe an den Schuldner sein. Der Schaden des Neugläubigers besteht dann schon in der Hingabe des Kredits." Westerwelle S. 51: Die Gläubiger werden nicht erst dadurch getäuscht, daß der Schuldner ihnen nicht seine Vermögensverhältnisse offenbart, sondern schon durch die Kredithingabe gegen Sicherungsübereignung.

2) Kreditverträge als solche, auch wenn sie den Schein wirtschaftlichen Gedeihens hervorrufen, sind nicht sittenwidrig - RGZ 136, 255; BGH 3. März 1956 LM § 93 BGB Nr. 4 (= NJW 1956, 945)

3) RGZ 136, 258; RGRK-BGB (Haager) § 826 Anm. 10

bigergefährdung abstellen.[1] Die Größe der Schadenswahrscheinlichkeit kann zwar ein solches Mißverhältnis begründen, wenn der Kreditgeber mit ziemlicher Sicherheit voraussehen muß, daß durch die Gewährung oder die Belassung des Kredits Dritte zu ihrem Schaden über die Kreditwürdigkeit getäuscht werden. Da mit den Krediten aber oft Sanierungszwecke verfolgt werden, wird häufig jedenfalls noch eine Hoffnung auf Überwindung der Krise bestehen. Mit dem Merkmal der Größe der Gefahr wird deshalb ein zu kleiner Kreis von Fällen erfaßt.

Die Eigenart der gesicherten Kredite wird zu wenig berücksichtigt. Sie liegt in folgendem: Der Kreditverkehr kann durch ungesicherte Kredite ebenso getäuscht und gefährdet werden wie durch gesicherte. Stets wird die Gefährdung des Unternehmens nach außen hin verdeckt und dadurch eine Gefahr für vorleistende Kleingläubiger geschaffen. Bei Krediten gegen "offene" oder "heimliche" Sicherungen des Schuldners entzieht sich der Kreditgeber aber selbst der von ihm geschaffenen Gefahr auf Kosten der anderen von ihm gefährdeten Gläubiger. Die Täuschung und Gefährdung des Verkehrs sind also nicht unbedingt verschieden groß, sondern das Maß, in dem sich der Kreditgeber auf Kosten der anderen Gläubiger den Gefahren des Unternehmens entzieht. Bei den gesicherten Krediten ist der Nutzen, den der Kreditgeber mit der Täuschung und Gefährdung der Neugläubiger erkauft, größer als bei ungesicherten. Dieses größere eigene Interesse ist bei der Bestimmung der Sittenwidrigkeit zu berücksichtigen.

---

1) Nach Schlosser (S. 52) kann objektiv festgestellt werden, ob die Möglichkeit einer Schädigung anderer Kreditgeber naheliegt. Für solche Schäden seien die Sicherungsnehmer nach §§ 138, 826 BGB verantwortlich.
Ähnlich wohl Westerwelle (S. 34 ff). Er hält im übrigen allgemeine Formulierungen bei der Bestimmung der Sittenwidrigkeit wegen Gläubigergefährdung für wünschenswert, da die Rechtsprechung so die Konjunktur beeinflussen könne (S. 70 ff).

III. Gläubigergefährdung und anstößiges Sicherungsstreben des Kreditgebers als Elemente der Sittenwidrigkeit

Auch wenn die Alt- oder die Neugläubiger über die Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht werden, liegt die Anstößigkeit der Gefährdung und der Schädigung regelmäßig nicht allein in der Täuschung. Sie erhöht zwar die Gefahr und muß deshalb bei der Bestimmung der Sittenwidrigkeit berücksichtigt werden. Die Anstößigkeit des Vertrages hängt aber nicht nur davon ab, wie weit der Kreditgeber den durch den Vertrag nach außen hin entstehenden falschen Schein zu verantworten hat und wie weit die ungesicherten Gläubiger dadurch gefährdet und geschädigt werden. In allen Fällen, auch in denen der "täuschenden" Kreditgeschäfte, muß vielmehr gelten, was schon für die ohne Täuschung geschädigten Altgläubiger anerkannt ist: Entscheidend ist, ob das Sicherungsstreben des Kreditgebers auf Kosten der anderen Gläubiger anstößig ist und ob es wegen der Größe und der Erkennbarkeit der Gefährdung anderer Gläubiger und wegen der Beweggründe des Sicherungsnehmers zumutbar erscheint, ihm die Sicherungen wieder abzusprechen. Anstößig ist das ungerechtfertigte, andere gefährdende Sicherungsstreben.

Der zweite Punkt, die Beweggründe des Sicherungsnehmers, scheint mir bisher nicht genug hervorgehoben worden zu sein, weil der fahrlässigen Täuschung des Kreditverkehrs zu große Bedeutung für die Sittenwidrigkeit beigemessen wurde[1].

---

1) Der Bundesgerichtshof (vgl. 4. Teil B III 3, besonders das Urteil vom 9. Juli 1953 BGHZ 10, 228 ff, 234) hat die anstößigen Beweggründe des Kreditgebers zwar berücksichtigt. Er hat die Haftung verschärft, wenn der Sicherungsnehmer "eigennützig" handelt, jedoch mit folgender Begründung:
Der Sicherungsnehmer müsse in gewissen Fällen für das gefährliche, falsche Bild des Unternehmens einstehen, wenn er sich nicht davon überzeugt habe, daß Gläubiger letztlich nicht zu ihrem Schaden getäuscht würden. Wie genau die Prüfung sein müsse, richte sich nach den Umständen des Einzelfalles. Besonders sorgfältig müsse sie aber vorgenommen werden, wenn der Sicherungsnehmer eigennützig handle, insbesondere wenn er mit dem neuen gesicherten Kredit die Rückzahlung alter Kredite sicherstellen wolle.
Als andere Umstände, die zu schärferen Maßstäben der Prüfungspflicht führen können, werden solche Anzeichen genannt, die auf eine besondere Gefährdung des Unternehmens und damit auch der neu gewährten ungesicherten Kredite schließen lassen: ständiges, nicht unerhebliches Sinken des Umsatzes, ständiges Ansteigen der Verschuldung, unlautere Geschäftsführung des Schuldners (BGH 2.2.1955, NJW 1955, 1272 ff = LM § 138 BGB (Bb) Nr. 4).

IV. Folgerungen für die Auslegung der §§ 138 I, 826 BGB

Die Anwendung der §§ 138 I, 826 BGB auf gläubigergefährdende Sicherungsverträge dient der Rechtsfortbildung. Bei der Auslegung des Begriffs "Verstoß gegen die guten Sitten" kann deshalb nicht nur auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden abgestellt werden. Es müssen auch die Prinzipien der Rechtsordnung herangezogen werden (vgl. oben 2. Teil).

Daraus, daß regelmäßig nicht die Täuschung über die dingliche Rechtslage oder über die Kreditwürdigkeit eines Unternehmens, sondern das ungerechtfertigte Sicherungsstreben des Kreditgebers auf Kosten anderer Gläubiger die Sicherungsverträge anstößig macht, ergibt sich: Der Grundsatz der Pfandrechtsvorschriften von der Erkennbarkeit der Sicherheiten kann zur Ermittlung des Verstoßes gegen die guten Sitten i.S.d. §§ 138, 826 BGB durch Sicherungsübertragungen nicht verwendet werden. Die Fälle müssen vielmehr nach den Grundsätzen der Anfechtungsregelung gelöst werden. Mit den gesetzlich geregelten Anfechtungstatbeständen haben die gläubigerschädigenden Sicherungsverträge nämlich folgendes gemein:

---

1) Fortsetzung von Seite 55
Deshalb kann es scheinen, als ob die "Eigennützigkeit" vom BGH als ein Umstand angesehen wird, der die Gefährdung des Unternehmens und damit die Gefährlichkeit des falschen Bildes erhöht.
Die Kritik an der Rechtsprechung sagt daher, an die Prüfungspflicht dürften nicht wegen der Motivlage, aus der heraus der Gläubiger handle, verschieden hohe Anforderungen gestellt werden. Solche Unterschiede könnten sich höchstens aus Umständen in der Person oder in dem Betrieb des Schuldners ergeben (Westerwelle S. 38, 40). Die Beweggründe könnten allerdings als Indiz für eine größere Gefährdung anderer herangezogen werden, denn ein Vorgehen, das lediglich auf die Sicherung eigener Interessen bedacht sei, bringe oft auch für andere größere Gefahren mit sich (Schlosser S. 49, 50), eben weil die gefährdete Lage eines Unternehmens den Kreditgeber veranlasse, rücksichtslos auf die Rettung der eigenen Gelder bedacht zu sein.
Diese Beweisführung setzt voraus, daß nur die Täuschung des Verkehrs Grund für die Sittenwidrigkeit und damit für die Haftung des Sicherungsnehmers ist. Dann allerdings kann nur darauf abgestellt werden, ob und in welchem Umfang getäuscht wurde, nicht aber, aus welchen Motiven.
Da aber regelmäßig nicht die Täuschung das Anstößige ist, sondern die Rücksichtslosigkeit des Sicherungsstrebens, erscheint es berechtigt, auch die Eigennützigkeit zu berücksichtigen.

1.) Gemeinsamkeiten der gläubigerschädigenden Sicherungsverträge und der gesetzlich geregelten Fälle der Gläubigeranfechtung

Auch wenn die Neugläubiger durch ein falsches Bild von der Prosperität des Unternehmens getäuscht und nur dadurch zum Vertragsschluß veranlaßt werden, tritt die Benachteiligung in der Regel erst dadurch ein, daß das Vermögen des Schuldners soweit zusammenschmilzt, daß es zur Deckung aller Verbindlichkeiten nicht mehr ausreicht. Der Gläubiger, der daran unmittelbar oder mittelbar als Erwerber von Gegenständen des Schuldnervermögens oder als Sicherungsnehmer mitwirkt, greift nicht in Rechte der ungesicherten Gläubiger ein. Diese haben kein Recht an den einzelnen Gegenständen des Schuldnervermögens in der Art einer Hypothek, sondern sie haben nur einen schuldrechtlichen Anspruch, für den der Schuldner nach wie vor persönlich haftet. Die heutige regelmäßig unbeschränkte Vermögenshaftung des Schuldners kann nur deshalb noch als "persönliche Haftung"[1] bezeichnet werden, weil sie "die vermögensrechtliche Persönlichkeit als solche und darum das Vermögen in seinem jeweiligen durch das Subjekt bestimmten Bestande, nicht in irgendeiner objektiven Verselbständigung" ergreift.[2] Daraus folgt, daß der verfügende Schuldner und der Dritte, der von ihm ein Recht erwirbt, grundsätzlich nicht in Rechte der Gläubiger eingreifen. Dieser Grundsatz muß jedoch eingeschränkt werden, weil der Schuldner sonst mit Hilfe seiner Verfügungsfreiheit die persönliche Haftung ausschließen könnte.[3]

Die Frage ist in allen Fällen - bei den gesetzlichen Anfechtungstatbeständen und bei den gefährlichen Sicherungsverträgen -, wie weit "schädigende" Dritte abweichend von dem Grundsatz der freien Verfügungsmacht für den Vermögensschwund des Schuldners verantwortlich gemacht werden können.

---

1) Persönliche Haftung bedeutete ursprünglich, daß die Person des Schuldners den nicht befriedigten Gläubigern als Zugriffsobjekt diente (Enneccerus-Lehmann, § 2 II a.E.; Larenz, Schuldrecht Bd. I § 2 IV (S. 17). Die Schuldhaft wurde durch Gesetz des Norddeutschen Bundes vom 29. Mai 1868 (BGBl. S. 237) und durch Reichsgesetz vom 22. April 1871 (RGBl. S. 87) aufgehoben.

2) O.v.Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. III Schuldrecht § 174 III 1 a S. 34

3) Paulus ZZP 64 (1951) S. 169 ff, 193 f; AcP 155 (1956) S. 277 ff, 314

2.) Interessenausgleich zwischen Verfügungsfreiheit und Gläubigerschutz durch die Anfechtungstatbestände

a) Die heute geltende Anfechtungsregelung in der Konkursordnung und im Anfechtungsgesetz hat die Verfügungsfreiheit des Schuldners ähnlich eingeschränkt wie die allgemeine Handlungsfreiheit und die Ausübung von Rechten überhaupt (§§ 826, 226 BGB). Der Schuldner darf seine Verfügungsmacht nicht zuungunsten seiner Gläubiger mißbrauchen. Wer trotz Kenntnis des Mißbrauchs ein Recht von dem Schuldner erwirbt, setzt sich dem Anfechtungsanspruch aus.

Auf diesem Grundsatz bauen fast alle Anfechtungstatbestände auf. § 30 KO erleichtert die Anfechtung bestimmter Rechtshandlungen, die während der Krise (nach Zahlungseinstellung, nach Konkursantrag oder - bei § 30 Nr. 2 - in den letzten zehn Tagen vorher) vorgenommen worden sind, § 31 Nr. 2 KO und § 3 Nr. 2 AnfG erleichtern die Anfechtung gegenüber Verwandten (personae suspectae). Wegen gewisser verdächtiger Umstände, z.B. Abschluß eines unmittelbar schädigenden Geschäfts während der Krise, werden dem Anfechtenden Beweiserleichterungen gewährt. In den Materialien zur Konkursordnung heißt es dazu: Für den Anfechtungsgegner sei das zumutbar, weil die "Natur des stattgefundenen Geschäfts in jedem den Verdacht wachrufen" müsse, daß sich der Schuldner in schlechter Vermögenslage befinde und er seine Gläubiger mit Kenntnis der Vertragspartner benachteiligen wolle.[1)]

Weitergehende Anfechtungstatbestände des partikularrechtlichen Insolvenzrechts, nach denen objektiv gefährliche und innerhalb bestimmter Fristen vor der Konkurseröffnung abgeschlossene Geschäfte (z.B. Grundstücksbelastungen, Veräußerung des ganzen Vermögens) anfechtbar waren[2)], wurden in die Konkursordnung nicht aufgenommen. Der Grund für die Unwirksamkeit, so wurde gesagt, müsse dem Erwerbsvorgang selbst anhaften.[3)] Redlicher Erwerb sei grundsätzlich der Anfechtung nicht ausgesetzt.[4)]

---

1) Hahn, Materialien zur KO S. 117, 121 (zum jetzigen § 31 Nr. 2 KO).
2) vgl. oben 1. Teil II 3 b
3) Die Grundauffassung der Anfechtungsregelung, daß ein Rechtsgeschäft nicht erst durch Zeitablauf seine Konkursbeständigkeit erwerben müsse (anders in verschiedenen Bestimmungen noch die Lübeckische Konkursordnung von 1862- vgl. oben 1. Teil II3b) ist später in der Vergleichsordnung (§§ 28, 87) für das Vergleichsverfahren eingeschränkt worden. Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, die eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, müssen sich in 30tägiger Frist erst ihre "Vergleichsbeständigkeit" erwerben.
4) Hahn, Materialien zur KO S. 121

b) Eine Ausnahme ist nur für unentgeltliche Verfügungen gemacht worden. Nach den Materialien der Konkursordnung[1] ist nicht die Gläubigerbenachteiligungsabsicht der eigentliche Grund für ihre Anfechtbarkeit. Früher habe man bei der Freigebigkeit des Schuldners zwar eine solche Absicht vermutet. Grund für diese Vermutung sei aber nicht ein besonderer Verdacht gegen den Schuldner gewesen. Man habe vielmehr versucht, die Konzession des praktischen Lebens mit dem alten theoretischen Grundsatz zu vereinigen. Die Anfechtung rechtfertige sich bei unentgeltlichen Verfügungen aus dem römisch-rechtlichen Satz, daß dem offenbar kein Unrecht geschehe, dem ein Vorteil entzogen, nicht aber ein Schaden zugefügt werde.[2] Wer einen Vorteil unentgeltlich erlange, müsse demjenigen weichen, der dadurch von seinem Rechtsanspruch etwas einbüßen müsse.

In diesem Extremfall einer unmittelbar nachteiligen Verfügung wird nicht auf den Mißbrauch der Verfügungsmacht, sondern lediglich auf den Interessenunterschied zwischen den ungesicherten Gläubigern und dem Erwerber abgestellt. Dem Empfänger der unentgeltlichen Zuwendung stehen die Gläubiger gegenüber, für die es "gleichgültig ist, ob der Schuldner aus Großmut, aus Eitelkeit, um seinen Kredit aufrecht zu erhalten oder um seine Gläubiger zu benachteiligen, die Schenkung vorgenommen" hat.[3] Eine Verfügung, die nach den üblichen rechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden ist, wird lediglich aus nachträglich eintretenden anfechtungsrechtlichen Gründen rückgängig gemacht.

3.) Notwendigkeit der Erweiterung der Anfechtungsregelung

Die grundsätzlich starre Beschränkung der Verfügungsfreiheit vom Mißbrauch des Schuldners her ist heute fragwürdig geworden. Schuldnerische Verfügungen können das Vermögen zuungunsten der Gläubiger weit mehr gefährden als früher. Durch die Sicherungsübereignung und die Sicherungsabtretung kann das Vermögen leichter in Geldmittel umgesetzt und

---

1) Hahn, Materialien zur KO S. 140

2) i 16 § 11 Dig. 42, 8; in dieser Quelle wird als Voraussetzung der Schenkungspauliana zwar auch die betrügerische Absicht des Schuldners angeführt, der Beschenkte braucht die Absicht aber nicht zu kennen, denn "nec videtur iniuria affici is, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur". Die Konkursordnung geht einen Schritt weiter und erklärt aus denselben Gründen nun auch die Absicht des Schuldners für überflüssig.

3) Hahn, Materialien zur KO S. 140

verwirtschaftet werden. Diese Gefahren waren früher auf den Teil des Vermögens beschränkt, der aus Grundstücken und solchen Gegenständen bestand, die sich zum Faustpfand eigneten. Das für den Betrieb eines Unternehmens notwendige bewegliche Vermögen war dagegen weitgehend sicher. Die Gefahr für die Gläubiger besteht nicht in der Heimlichkeit der neu entwickelten Sicherungsmittel, sondern in dem dadurch erweiterten Umfang der möglichen Sicherungen, in der erweiterten Möglichkeit, in der das Vermögen trotz der Geschäftsfortführung versilbert werden kann. Diese Gefahren werden zwar nur in seltenen Fällen böswillig herbeigeführt, ihnen muß aber stets entgegengetreten werden, wenn sich die größere Verfügungsmöglichkeit des Schuldners nicht einseitig zuungunsten der ungesicherten Gläubiger auswirken soll. Der Ausweitung der Verfügungsmöglichkeit muß eine Ausweitung des anfechtungsrechtlichen Schutzes folgen, wenn die Institution der Anfechtungsregelung unter den veränderten Umständen ihrer gläubigerschützenden Aufgabe gerecht werden soll. [1)]

---

1) Roth-Stielow NJW 1956, 1584 meint, die Rechtsprechung von der Sittenwidrigkeit gefährlicher Sicherungsverträge dürfe nicht auf die Grundpfandrechte übertragen werden, da diese vom Gesetzgeber zum Zweck der Sicherung vorgesehen seien und an ihnen deshalb kein Anlaß zur Beanstandung bestehe. Roth-Stielow sieht das "spezifisch Sittenwidrige" an der Sicherungsübereignung jedoch in ihrer Nichterkennbarkeit.
Da aber die Rechtsprechung zur Sicherungsübereignung als Ausweitung der Anfechtungsregelung erscheint und sich die Gefahren durch Sicherungen nun auf alle Vermögensteile beziehen, ist es fraglich, ob von dieser "erweiterten Anfechtbarkeit" die klassischen Sicherungen, insbesondere die Grundpfandrechte, ausgenommen werden können.
Insofern erscheinen die partikularrechtlichen Bestimmungen über die Anfechtbarkeit von Grundstücksgeschäften, Generalhypotheken und Sicherungsübereignungen des ganzen Vermögens (vgl. oben 1. Teil II 3 b) wirtschaftlich sinnvoll. Die Schwierigkeiten, sie in das System der vom Mißbrauch der Verfügungsmacht her bestimmten Anfechtungsregelungen und in die allgemeinen Lehren über den Bestand von Rechtsgeschäften einzuordnen, sind zwar nicht zu übersehen. Die Konkursordnung konnte aber nur deshalb zu wirtschaftlich tragbaren Ergebnissen kommen, weil sie für den Konkursbereich schon die Pfandrechtsregelung einführte, die im wesentlichen der späteren des BGB entspricht (EG KO §§ 14, 15), also u.a. besitzlose Pfandrechte an beweglichen Sachen untersagte.

4.) Die Stellung der gläubigerschädigenden Sicherungsverträge zum System der Anfechtungsregelung

Bei der Frage, wie weit ein gesicherter oder befriedigter Gläubiger für den gläubigerschädigenden Vermögensschwund beim Schuldner verantwortlich ist, kommt es auf das Verhältnis zwischen der Voraussehbarkeit der Gefahr einerseits und dem berechtigten Interesse des Gläubigers an seiner Sicherung oder Befriedigung und damit notwendigerweise an der Gefährdung andererseits an.

Die geltende Anfechtungsregelung behandelt nur zwei Extremfälle dieses Verhältnisses:

Bei der Absichtsanfechtung ist eine extreme Voraussehbarkeit der Gefahr gegeben; sonst kann man keine Kenntnis der "Benachteiligungsabsicht" annehmen. Hinzu kommt das Bewußtsein, daß diese Gefahr aus unlauteren Beweggründen herbeigeführt wird. In dieser Situation kann es auf das Interesse des Anfechtungsgegners an der Befriedigung oder Sicherung nicht ankommen, weil er es in dem Bewußtsein verfolgt, damit zugleich wenigstens passiv die unlautere Gesinnung des Schuldners zu unterstützen.

Bei der Schenkungsanfechtung ist das Interesse des Beschenkten gegenüber den Gläubigern ganz gering. Auf die Voraussehbarkeit eines Schadens kommt es deshalb nicht an. Die Konkursordnung hat das fehlende Interesse des Anfechtungsgegners im Gegensatz zu den älteren Theorien als selbständiges Moment der Anfechtung anerkannt. Sie hat nicht versucht, es durch Rechtsvermutungen auf die betrügerische Schadenszufügung zurückzuführen.

Die Fälle umfangreicherer Sicherungsverträge liegen in der Mitte.

Die Anfechtungstatbestände setzen eine große Wahrscheinlichkeit oder die sichere Voraussicht des Schadens für die Gläubiger voraus.[1)]

Bei Sicherungsverträgen ist aber wegen der mit ihnen verfolgten Sanierungsabsicht die Wahrscheinlichkeit, daß für die ungesicherten Gläubiger ein Schaden eintritt, oft geringer. Das wird jedoch interessenmäßig durch die größere Gefährlichkeit der Verträge ausgeglichen, die sich aus folgendem ergibt: Mit Hilfe der Sicherungsübereignungen

---

1) Andernfalls kann keine Benachteiligungsabsicht angenommen werden, vgl. Jaeger-Lent § 31,5

und -abtretungen kann heute auch dasjenige Vermögen zur Sicherung von Gläubigern und damit zur Kreditbeschaffung benutzt werden, das nach der Pfandrechtsregelung des BGB dem Zugriff der ungesicherten Gläubiger erhalten blieb, insbesondere Produktionsmittel und Geschäftsinventar. Durch die Sicherungsübertragungen können auch diese Gegenstände und so das ganze Vermögen auf einfache Weise von Sachwerten in Geldmittel umgewandelt werden. Die ungesicherten Gläubiger sind dann fast ausschließlich auf den Erfolg der Geschäfte angewiesen, die mit den neu beschafften Krediten getätigt werden. Dieser größeren Gefahr für die ungesicherten Gläubiger muß eine größere Sorgfalt des Sicherungsnehmers beim Abschluß der Verträge entsprechen, denn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt richtet sich nach der Gefahr, der begegnet werden soll. [1] Es ist deshalb gerechtfertigt, bei Sicherungsverträgen in bestimmten Fällen eine Haftung zu fordern, wenn subjektiv weniger als "Benachteiligungsabsicht" vorliegt.

Durch umfangreiche Kreditverträge entsteht außerdem in besonderem Maße die Gefahr, daß Gläubiger durch einen falschen Kreditschein getäuscht werden. Zwingt der Kreditgeber dem ungesicherten Gläubiger damit ein Risisiko auf, dem er sich selbst durch die Sicherungen entzieht, so wertet das sein Interesse an den Sicherungen ab, insbesondere wenn es ihm nicht mehr so um die Unterstützung des Schuldners, sondern hauptsächlich um die Rettung seiner früher dem Schuldner gewährten Kredite geht.

Diese verschiedenen die Verantwortung für den Schaden verschärfenden Punkte - die größere Gefahr und das ungerechtfertigte Sicherungsstreben - müssen zueinander in Beziehung gesetzt werden und sich gegenseitig ergänzen, wenn die Anfechtungsregelung den veränderten Umständen angeglichen werden soll. Dazu müssen die widerstreitenden Interessen in den möglichen Fällen erkannt und gegeneinander abgegrenzt werden. In welcher Weise das zu geschehen hat, zeigt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.

---

1) RG 11. 4. 1935 RGZ 147, 353 ff, 356; Esser, Schuldrecht § 50 6b (S. 205); nach einem Urteil des BGH vom 18. Juni 1962 (WM 1962, 933 ff, 935) fällt die Sorglosigkeit eines Gutachter bei der Feststellung der Sittenwidrigkeit besonders schwer ins Gewicht, wenn vom Ergebnis des Gutachtens weittragende wirtschaftliche Folgen für die Beteiligten abhängen; ebenso BGH 28. Juni 1966 (VersR 1966, 1032 f).

4. TEIL: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

A. Grundsatz

Das Reichsgericht[1] hat bereits darauf hingewiesen, daß die Tatbestände im Urteil RGZ 136, 247 ff[2] "keine strengen, untereinander getrennten, begrifflich scharf gefaßten, gesetzesähnlichen Voraussetzungen für die Anwendung des § 826 BGB darstellen könnten oder sollten", sondern daß sie teilweise ineinander übergingen und nur Anhaltspunkte für die am häufigsten vorkommenden Merkmale "sittenwidrigen Mißbrauchs der Bestellung von Sicherungen" kennzeichneten.

Dieser Ansicht hat sich der Bundesgerichtshof angeschlossen. In seinen Urteilen zur Frage der Sittenwidrigkeit von Sicherungsverträgen heißt es immer wieder: Es gäbe keine bestimmten gesetzlichen Tatbestände, an Hand derer geprüft werden könne, ob ein Sicherungsvertrag gegen die guten Sitten verstoße. Die Frage nach der Sittenwidrigkeit könne nur auf Grund einer umfassenden Gesamtwürdigung entschieden werden, unter Berücksichtigung aller Umstände, die zum Abschluß geführt hätten, insbesondere der Absichten und Beweggründe, die die Parteien verfolgt hätten, und nicht zuletzt der objektiven Verhältnisse, unter denen der Vertrag geschlossen worden sei. Es komme auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Kaufleute an.[3]

Je mehr äußere Umstände dabei auf die Wahrscheinlichkeit der Gläubigerschädigung hindeuteten, um so strengere Anforderungen seien in subjektiver Hinsicht an das Verhalten

---

1) RG JW 1935, 2886 Nr. 9
2) vgl. oben 3. Teil I 1.
3) BGH 9. 7. 1953 BGHZ 10, 228 ff, 232; BGH 4. 2. 1954 LM § 3 AnfG Nr. 1 (= JZ 1954, 387); BGH 2. 2. 1955 LM § 138 BGB (Bb) Nr. 4 (= NJW 1955, 1272); BGH 1. 2. 1956 LM § 138 BGB (Cb) Nr. 6 (= NJW 1956, 585); BGH 13. 5. 1958 LM § 138 BGB (Cb) Nr. 11 (= WM 1958, 845); BGH 4. 3. 1958 BB 1958, 428 (WM 1958, 590); BGH 22. 1. 1962 WM 1962, 527

der Parteien zu stellen. Sei die Wahrscheinlichkeit des Schadens aber geringer, dann müsse mehr auf den Beweggrund und Zweck abgestellt werden.[1)]

Durch die Kombination der verschiedenen schwerwiegenden objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalles hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes aber doch wieder bestimmte Anhaltspunkte und Richtlinien dafür geschaffen, wie ein Sicherungsvertrag auf seine Vereinbarkeit mit den guten Sitten zu prüfen ist.[2)]

B. Ausgestaltung des Grundsatzes

I. Der Unterschie zwischen § 138 und § 826 BGB

Sicherungsübereignungen können nach der Ansicht des Bundesgerichtshofes zwar wegen Gläubigergefährdung nichtig sein (§ 138 BGB). Bei solcher Annahme sei aber Zurückhaltung geboten, weil die Vorschriften über die Gläubigeranfechtung und gegebenenfalls § 826 BGB weitgehend Schutz böten. Deshalb bestehe in der Regel kein Bedürfnis, wegen Gefährdung anderer Gläubiger den Vertrag für den Schuldner, der bei der Gefährdung mitgewirkt habe, als nicht verbindlich anzusehen. Das könne nur bei besonderen Umständen der Fall sein.[3)]

Im übrigen sei für § 138 BGB grundsätzlich beiderseitiges Wissen von den objektiven Umständen erforderlich, die zur Sittenwidrigkeit führten. Es könne aber auch genügen, daß sich die Parteien gewissenlos und leichtfertig der Kenntnis verschlössen. Die Gewissenlosigkeit könne sich dabei aus der Vernachlässigung einer den Umständen nach gebotenen Prüfungspflicht ergeben.[4)] Die Ausdrücke "gewissenlos" und "leichtfertig" werden dabei vom BGH gleichbedeutend mit "grob fahrlässig" gebraucht.[5)]

---

1) BGH 9. 7. 1953 BGHZ 10, 228 ff, 233 f
2) Darauf weist besonders BGH 20. 12. 1957 (WM 1958, 249, 250 unter I) hin. Es wird dort auch eine Zusammenfassung der vom BGH aufgestellten "rechtlichen Hinweise" gegeben.
3) BGH 16. 10. 1958 WM 1959, 115 ff, 117; BGH 5. 11. 1964 WM 1965, 84 ff, 86; BGH 25. 2. 1966 WM 1966, 584
4) BGH 13. 5. 1958 LM § 138 BGB (Cb) Nr. 11 (= WM 1958, 845).
5) ausführlich BGH 18. 6. 1962 WM 1962, 933 ff, 935; ebenso schon BGH 21. 12. 1955 WM 1956, 283 f; BGH 22. 1. 1962 WM 1962, 527 ff, 529

Auch bei einem Anspruch aus § 826 BGB könne die Sittenwidrigkeit aus groß fahrlässigem Verhalten des Sicherungsnehmers folgen. Es müsse aber stets bedingter Vorsatz des Sicherungsnehmers hinsichtlich des schädlichen Erfolges hinzukommen.[1)]

II. Vorsätzliche oder grob fahrlässige Schädigung künftiger Gläubiger durch Täuschung

Nach der Rechtsprechung des BGH[2)] kann ein Vertrag vorwiegend seines objektiven Inhalts wegen sittenwidrig sein, wenn er wegen der besonderen Verhältnisse eine so naheliegende Möglichkeit der Schädigung Dritter mit sich bringt, daß sich die Vertragschließenden bei der von ihnen nach den Umständen zu verlangenden sorgfältigen Überlegung sagen mußten, diese Möglichkeit werde mit ziemlicher Sicherheit eintreten.

Auch wenn sich die Vertragspartner grob fahrlässig der Erkenntnis einer so naheliegenden Schadensmöglichkeit verschlossen haben, handeln sie sittenwidrig.

Eine solche mit ziemlicher Sicherheit voraussehbare Schadensmöglichkeit ist gegeben, wenn einem vermögenslosen Bauunternehmer zur Finanzierung eines Bauvorhabens ein Kredit gegen Abtretung aller Werklohnforderungen gewährt wird, der Kredit aber so klein bemessen wird, daß der Bauunternehmer nicht alle Gläubiger befriedigen kann, die im Zusammenhang mit diesem Bauvorhaben Forderungen gegen ihn erwerben werden.[3)]

Der BGH fordert für diese Fälle nicht nur, daß der Schadenseintritt als möglich vorausgesehen werde oder voraussehbar sei, sondern auch, daß er gebilligt werde.[4)] Jedoch kommt es nicht, wie man aus der Formulierung schließen könnte, auf den Unterschied zwischen Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz an. Es wird ausdrücklich gesagt: Ein Ver-

---

1) BGH 28. 5. 1951 (Bestätigung von RGZ 143, 51), abgedruckt teils in LM § 138 BGB (Cb) Nr. 1, teils in JZ 1951, 686 f; BGH 21. 12. 1955 WM 1956, 283 ff

2) BGH 9. 7. 1953 BGHZ 10, 228 ff, 233

3) BGH 9. 11. 1955 BGHZ 19 12 ff, 19; BGH 14. 4. 1964 WM 1964, 671 ff, 673 f: Unterstützung eines erkanntermaßen konkursreifen und sanierungsunfähigen Unternehmens; Parallelfall BGH 9. 2. 1965 WM 1965, 475 ff.

4) BGHZ 10, 231, 233: Das ergibt sich deutlich aus der Gegenüberstellung mit Verträgen, die unsittliche Zwecke verfolgen, z.B. Konkursverschleppung; dort soll es nicht darauf ankommen, "ob die Vertragsparteien diese Folge (zum Schaden führende Täuschung Dritter) gewollt haben".

trag, der seinem Inhalt nach zur Benachteiligung anderer Gläubiger führe, sei sittenwidrig, wenn die Vertragschließenden diesen Erfolg entweder gekannt und gebilligt oder aber sich grob fahrlässig dieser Erkenntnis verschlossen hätten.[1] Diese Fälle zeichnen sich dadurch aus, daß der Schadenseintritt "ziemlich sicher" ist, so sicher, daß man den Erfolg bei Kenntnis der Möglichkeit billigen müßte. Die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts ist aber für die Abgrenzung von Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz nur ein Anhaltspunkt.

Anderseits soll die sichere Voraussehbarkeit, daß Altgläubiger durch die Sicherung geschädigt werden, noch nicht für den Vorwurf der Sittenwidrigkeit genügen. Einer Sparkasse war für gewährte Kredite das gesamte Vermögen des Schuldners übereignet worden, obwohl sie die angespannte Lage des Unternehmens bei Abschluß des Sicherungsvertrages kannte. Nach der Sicherung lehnte sie zunächst weitere Kredite ab. Die Sittenwidrigkeit des Vertrages wurde vom BGH aber in Frage gestellt[2], weil die Sparkasse zugleich mit der Sicherungsbestellung den Schuldner zur Betriebseinstellung aufgefordert hatte. Sie hatte außerdem die Bezahlung der Arbeitnehmer bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist gewährleistet. Deshalb, so führt der BGH aus, sei es offen, inwiefern zu diesem Zeitpunkt Umstände vorgelegen hätten, aus denen sich die Undurchsichtigkeit und die Gläubigergefährdung durch Kreditgewährung ergeben konnten. In der Regel ist die Entgegennahme einer geschuldeten Leistung auch dann nicht sittenwidrig, wenn der Gläubiger erkennt, daß der wirtschaftliche Zusammenbruch des Schuldners und der Ausfall anderer Gläubiger nicht zu vermeiden sind; es kann höchstens Anfechtbarkeit vorliegen.[3]

Durch die einmalige Kreditgewährung wird kein Schein geschaffen, auf den andere vertrauen dürfen. Die Gläubiger müssen damit rechnen, daß der Kredit einmalig und kündbar ist.

---

1) BGH 24. 5. 1965 WM 1965, 918 f

2) BGH 28.5.1951, abgedruckt teils in LM § 138 BGB (Cb) Nr. 1, teils in JZ 1951 S. 686 f; die Sache wurde vom BGH zurückverwiesen.

3) BGH 16. 10. 1958 WM 1959, 115 ff, 117;
ebenso für Zessionen an den Gläubiger, die unvermeidbar zum Zusammenbruch des Schuldners führen müssen, die aber auf Grund eines wirksamen Vertrages in monatlichen Abständen vorgenommen wurden; BGH 7.11.1956 LM § 138 BGB (Bb) Nr. 13. Auch wenn trotz solcher Voraussicht ein Kredit nicht erweitert oder wenn von einem vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsrecht Gebrauch gemacht wird, ist das nicht sittenwidrig, BGH 3. 3. 1956 LM § 93 BGB Nr. 4 (=NJW 1956 S. 945), BGH 14.4. 1964 WM 1964, 673.

Der Gegensatz zwischen den Fällen, in denen in der Kreditgewährung gegen Sicherungen ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt, und den Anfechtungstatbeständen der §§ 31 Nr. 1 KO, 3 I Nr. 1 AnfG besteht in der Schadensursache. Bei den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen vertrauen die neuen Gläubiger auf die Kreditwürdigkeit und erleiden dadurch einen Schaden. Bei den Anfechtungstatbeständen ist das nicht erforderlich. Die subjektiven Voraussetzungen - ziemlich sichere Voraussehbarkeit des Schadenseintrittes, unlautere Benachteiligungsabsicht - ähneln sich aber sehr.

III. Besondere Umstände und Beweggründe, die zum Verstoß gegen die guten Sitten führen können.

1.) Gefährlichkeit des Sicherungsvertrages

Auch in den Fällen, die nicht vorwiegend ihres objektiven Inhalts wegen (ziemliche Sicherheit des Schadenseintritts) sittenwidrig sind, muß nach der Rechtsprechung des BGH eine gewisse Voraussehbarkeit des Schadens vorliegen. Sie wird nach zwei Seiten - zwar nur durch sehr weit gefaßte Begriffe - eingegrenzt: Die Gefahr ist weniger naheliegend, wird also nicht mit ziemlicher Sicherheit zum Schaden führen; sie darf aber auch nicht ganz fernliegend sein.

Bereits das Reichsgericht hatte, wenn auch in anderem Zusammenhang[1], ausgeführt, daß ein ordentlicher Kaufmann seine Sorgfaltspflicht nicht schon verletze, wenn er die Folgen einer geschäftlichen Maßnahme falsch beurteile. Im geschäftlichen Leben müsse sogar manches getan werden, das sich vielleicht zum Nachteil auswirken könne. Ein bedingter Vorsatz hinsichtlich der Schädigung oder auch nur Fahrlässigkeit seien damit noch nicht gegeben. Bei der Sicherungsübereignung eines Warenlagers führt deshalb nicht schon das Bewußtsein jeder entfernten Schadensmöglichkeit zur Sittenwidrigkeit, sondern erst das Bewußtsein einer nicht ganz fernliegenden Gefahr.[2] Diese Formulierung findet sich auch in der Definition der Gläubigergefährdung im Urteil RGZ 136, 247 ff.[3]

---

1) RG 28. 12. 1910 JW 1911, 223 Nr. 36: Es ging dort um die Sorgfaltspflicht des Vorstandes einer Aktiengesellschaft; ebenso RG 25. 3. 1939 Seuff A Bd. 93 (1939) S. 257 ff, 258/59.

2) RG 15. 11. 1930 JW 1931 S. 515 (Leitsatz 2), 517

3) vgl. oben 3. Teil I 1.

Der BGH hat sich dieser Rechtsprechung bei der Auslegung des § 826 BGB angeschlossen.[1] Er hat den allgemein für § 826 BGB entwickelten Satz angewendet: Bedingter Vorsatz sei nicht mehr gegeben, wenn sich dem Täter der mögliche Erfolg als eine so entfernte Möglichkeit darstelle, daß er rechtlich nicht mehr damit rechnen zu müssen glaube.[2]

Dies muß auch für die Sittenwidrigkeit im Sinne von § 138 BGB gelten, denn bei der Frage nach der "nicht ganz fernliegenden Gefahr" geht es um einen objektiven Umstand, von dem die Sittenwidrigkeit abhängt.

Diese Voraussehbarkeit muß mit anderen Umständen zusammentreffen, um einen Sicherungsvertrag sittenwidrig erscheinen zu lassen. Der BGH betont immer wieder, daß verschiedene objektive Umstände, die auf die Gefährlichkeit der Sicherungsverträge hinweisen, allein bedeutungslos sind.[3] Ein Verstoß gegen die guten Sitten könne erst angenommen werden, wenn bei Vertragsschluß für die Vertragspartner unter Beachtung der nach den Umständen erforderlichen Prüfungspflicht eine Schädigung der Gläubiger oder eine nicht ganz fernliegende Gefahr für die Gläubiger voraussehbar war.

---

1) BGH 13. 7. 1956 MDR 1957, 29 f; es geht in dem Urteil um die Sorgfaltspflicht eines Wirtschaftsprüfers bei der Erstellung eines Gutachtens über ein Unternehmen.

2) BGH 8. 3. 1951 NJW 1951, 597; RGRK - BGB (Haager) § 826 Anm. 15 mit Nachweisen der RG-Rechtsprechung.

3) BGH 2. 2. 1955 LM § 138 BGB (Bb) Nr. 4 (= NJW 1955, 1272): Unzulässige Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit oder die Möglichkeit, daß durch den Vertrag später hinzutretende Gläubiger gefährdet und geschädigt werden, genügt allein nicht für die Sittenwidrigkeit; BGH 8. 2. 1956 BGHZ 20, 43 ff, 49: ebenso bei der Übernahme der letzten freien Vermögensstücke, ähnlich BGH 1. 2. 1956 LM § 138 BGB (Cb) Nr. 6; BGH 4. 3. 1958 BB 1958, 428 (= WM 1958, 590): Daraus, daß ein Kaufmann seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit beraubt wird, ist Sittenwidrigkeit noch nicht herzuleiten, ebenso wenig aus der Möglichkeit des Kreditgebers, jederzeit den Geschäftsbetrieb des Schuldners zu unterbinden (BGH 11. 10. 1961 LM § 138 BGB (Bb) Nr. 17) und aus der Übernahme des ganzen Vermögens (BGH 22. 1. 1962 WM 1962, 527 ff).

2.) Besondere Umstände und Beweggründe

Solche besonderen Umstände und Beweggründe sind hauptsächlich folgende:

a) Unterstützung eines konkursreifen Unternehmens um eigener Vorteile willen,

b) Unterstützung eines Unternehmens trotz Labilitätsanzeichen,

c) Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung oder eines formalen Rechts,

d) Sicherung oder Befriedigung durch die letzten freien Vermögensstücke oder das ganze Vermögen,

e) knebelnde Sicherungsverträge.

a) Unterstützung eines konkursreifen Unternehmens um eigener Vorteile willen

Die Frage nach der Sittenwidrigkeit der Sicherungsverträge kann nicht bereits mit dem Hinweis darauf gelöst werden, daß das Unternehmen des Kreditnehmers konkursreif ist. Hinzukommen muß, daß der Kreditgeber die Konkursreife erkannt oder grob fahrlässig übersehen hat.[1] Außerdem müssen die Kredite gewährt werden um persönlicher Vorteile willen, um eigene Nachteile zu verhindern und zu vermindern[2], also meistens um nachträglich alte Forderungen zu sichern oder günstige, risikolose Bankgeschäfte abzuschließen.

Dabei entsteht ein Schadenersatzanspruch wegen der Verringerung der Konkursquote, wenn der Kreditgeber sich gleichzeitig Vorteile vor denjenigen verschafft hat, die infolge der Kredithingabe auf die wirtschaftliche Kraft des Unternehmens vertraut haben.[3] Wird aber von den Konkursgläubigern keine größere Ausschüttung verlangt, sondern der Kreditgeber dafür schadenersatzpflichtig gemacht, daß er es durch das Hinausschieben des Konkurses zu weiteren Lieferungen an den Schuldner kommen ließ, so genügt es, daß der Kreditgeber um eigener Vorteile willen gehandelt hat.[4]

Konkursverschleppende Verträge sind auch dann sittenwidrig, wenn die Parteien den schädlichen Erfolg nicht "gewollt" haben.[5]

---

1) BGH 1. 2. 1956 LM § 138 BGB (Cb) Nr. 6; BGH 15.6.1962 WM 1962, 962 ff, 965
2) BGH 13. 5. 1958 LM § 138 BGB (Cb) Nr. 11
3) BGH 4. 7. 1961 WM 1962, 1103 ff, 1106; BGH 14.4.1964 WM 1964, 671 ff, 674
4) BGH 14. 4. 1964 WM 1964, 671 ff, 674
5) BGH 9. 7. 1953 BGHZ 10, 228 ff, 233

Ist der gewährte Kredit jedoch so groß, daß damit eine Sanierung des konkursreifen Unternehmens noch möglich erscheint, kann dadurch die Sittenwidrigkeit ausgeschlossen sein. Der Kreditgeber muß dann aber gewissenhaft - evtl. durch einen sachkundigen und objektiven Wirtschaftsfachmannn - prüfen, ob die Sanierung Erfolg verspricht.[1] Die Prüfung muß besonders streng sein, wenn der Vertrag dazu dienen soll, die Rückzahlung alter Kredite zu ermöglichen.[2]

b) Unterstützung eines Unternehmens trotz Labilitätsanzeichen

Auch Kredite und Sicherungsverträge, mit denen einem nicht konkursreifen Unternehmen der Auf- und Ausbau ermöglicht werden soll, können gegen die guten Sitten verstoßen. Der BGH führt zwar aus[3]: "Es läßt sich nicht sagen, daß derjenige, der einem Unternehmer zur Eröffnung oder zum Ausbau seines Unternehmens ohne Prüfung der Erfolgsaussichten Kredit gegen Sicherheiten gewährt, sich deshalb schon grob fahrlässig der Einsicht verschließt, daß Dritte dadurch Schaden erleiden könnten". Jede Kreditgewährung bringt die Gefahr der Täuschung anderer über die Kreditwürdigkeit mit sich. Aber die Gläubiger, die mit einem neu eröffneten oder sich erweiternden Unternehmen in Geschäftsbeziehungen treten und ihm ohne Sicherung Kredit geben, tragen selbst die Gefahr dafür, daß das Geschäft nicht den erwarteten Verlauf nimmt.[4] Der Kreditgeber braucht sich deshalb nicht von der Richtigkeit der Kalkulation zu überzeugen. Er muß nur aufgrund der ihm bekannten Umstände überzeugt sein, daß der Unternehmer mit Hilfe des Kredits sein Unternehmen weiterführen kann.[5]

Bei Aufbau- und Ausbaukrediten darf nach der Rechtsprechung des BGH jedoch nicht in solchem Maße über die Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht werden, daß die Gläubiger trotz der ihnen zumutbaren Sorgfalt ein gefährlich falsches Bild erhalten.[6] Besonders die Arbeitnehmer und die kleinen Dauerlieferanten werden wegen ihrer geringen

---

1) BGHZ 10, 233 f; BGH 8. 2. 1956 BGHZ 20, 43 ff
2) BGH 24. 5. 1965 WM 1965, 918 f
3) BGH 13. 5. 1958 LM § 138 BGB (Cb) Nr. 11 (= WM 1958, 845)
4) BGH 3. 3. 1956 LM § 93 BGB Nr. 4 (= NJW 1956, 945)
5) BGH 13. 5. 1958 LM § 138 BGB (Cb) Nr. 11
6) BGH 4. 2. 1954 LM § 3 AnfG Nr. 1 (= JZ 1954, 387)

Einblicksmöglichkeit von einer solchen Lage betroffen.[1] Weisen besondere Umstände auf die Gefahr für die Gläubiger hin, dann dürfen Sicherungen nur nach gewissenhafter Prüfung bestellt werden .[2] Das ist z.B. der Fall, wenn eine Bank aus längerer Geschäftsverbindung mit dem Schuldner weiß: Der Umsatz des Unternehmens sinkt ständig und nicht unerheblich, und die Verschuldung gegenüber der Bank und Dritten steigt ständig an; der Schuldner kann sogar kurzfristige Kredite nicht rechtzeitig zurückzahlen und muß, um bestehen zu können, Kredite aufnehmen und um Stundungen bitten. Besonders schwerwiegend ist es, wenn die persönliche Unlauterkeit des Schuldners bekannt wird, z.B. daß er Kredite nicht abredegemäß verwendet oder kurzfristige Kredite trotz ehrenwörtlicher Zusage zu spät bezahlt.[3]

Ganz allgemein läßt sich mit Johannsen sagen[4], daß jede nachträgliche Sicherung, auf die nicht von vornherein ein fester Anspruch bestand, ein Labilitätsanzeichen ist, das eine mehr oder weniger weitgehende Prüfungspflicht auslöst. Entscheidend ist besonders der Anlaß der nachträglichen Sicherung.[5]

c) Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung oder eines formalen Rechts

Ist der Kreditnehmer (Sicherungsgeber) einem Gläubiger so verschuldet, daß die Kündigung des Kredits seinen Untergang bedeuten und er von anderen keinen Kredit mehr erhalten würde, so ist das Bestellen von Sicherheiten für alte und neue Kredite sittenwidrig, wenn die Lage des Unternehmens nicht sorgfältig geprüft wird, denn der Schuldner muß sich dem Sicherungsverlangen fügen, ob es sittenwidrig ist oder nicht.[6] Es ist dabei ohne Belang, ob der Gläubiger nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken die Bestellung der nachträglichen Sicherheiten verlangen kann; auch ohne diese Vorschriften könnte er sie sich verschaffen.[7]

---

1) Anm. Ascher zu BGH LM § 138 BGB (Bb) Nr. 3
2) BGH 4. 2. 1954 LM § 3 AnfG Nr. 1
3) BGH 2. 2. 1955 LM § 138 BGB (Bb) Nr. 4
4) Anm. Johannsen zu LM § 138 BGB (Cb) Nr. 5
5) Wird der Kredit zugleich wesentlich erhöht und überschreitet er damit die Grenze eines ungesicherten Kredits, so ist die nunmehrige Sicherung des alten Darlehns kein solches Anzeichen - Westermann, Interessenkollisionen S. 50 Anm. 84
6) BGH 2. 2. 1955 LM § 138 BGB (Bb) Nr. 4; BGH 2. 11. 1955 LM § 138 BGB (Cb) Nr. 5; BGH 1. 2. 1956 LM § 138 BGB (Cb) Nr. 6; BGB 20.12.1957 WM 1958,249
7) BGH 2. 2. 1955 LM § 138 BGB (Bb) Nr. 4

Dasselbe gilt, wenn künftige Forderungen erfüllungshalber abgetreten werden.[1]

Es kommt für die wirtschaftliche Machtstellung nicht darauf an, welches Recht dem Gläubiger nach dem Formularvertrag zusteht; z.B. ist es nicht entscheidend, ob der Gläubiger die Möglichkeit hat, jederzeit das gesamte Umlaufvermögen zu entziehen. Ausschlaggebend ist, in welchem Geist die Parteien den Vertrag geschlossen haben . Sie verstoßen nicht gegen die guten Sitten, wenn sie sich von vornherein darüber einig sind, daß der Kreditgeber von der weitgehenden Befugnis nur Gebrauch machen wird, wenn die wirtschaftliche Lage ihn dazu zwingt.[2] Aus der späteren Handhabung des Vertrages kann unter Umständen auf den ursprünglichen Willen der Parteien geschlossen werden.[3]

d) Sicherung oder Befriedigung durch die letzten freien Vermögensstücke oder das ganze Vermögen

Der BGH hält es für ein besonderes Anzeichen der Sittenwidrigkeit eines Vertrages, wenn sich ein Gläubiger - in der Regel nach und nach - das ganze Vermögen des Schuldners zur Sicherung übereignen läßt.[4] Machen die Sicherungen zunächst nur einen Teil des Vermögens aus und sind sie rechtlich noch zulässig, so kann die Übernahme des letzten freien Vermögens für bisher gewährte Kredite doch sittenwidrig sein, auch wenn dieser Umstand nur infolge leichtfertiger Geschäftsführung übersehen wird.[5] Eignet sich jemand durch Ausübung wirtschaftlicher Macht sämtliche Werte des Schuldners an, so daß es mangels Masse nicht zum Konkursverfahren kommen kann, führt das zur Nichtigkeit der Sicherungen.[6] Nach einer Übersicht von Johannsen über die Rechtsprechung des BGH[7] ist besonderer Anlaß zur Prüfung der Verhältnisse des Schuldners gegeben, wenn der Gläubiger selbst durch frühere Sicherungsübereignungen ganz erhebliche Teile des schuldnerischen Vermögens besitzt oder weiß, daß bereits erhebliche Vermögenswerte anderen übereignet sind.

---

1) BGH 9. 11. 1955 BGHZ 19, 12, 17
2) BGH 11. 10. 1961 LM § 138 BGB (Bb) Nr. 17 (= NJW 62, 102)
3) BGH 14. 7. 1952 BGHZ 7, 111
4) BGH 2. 2. 1955 LM § 138 BGB (Bb) Nr. 4; BGH 1. 2. 1956 LM § 138 BGB (Cb) Nr. 6: beide Urteile erwähnen diesen Satz jedoch nur, um die fehlende Sittenwidrigkeit darzulegen.
5) BGH 8. 2. 1956 BGHZ 20, 43 ff, 52
6) BGH 2. 11. 1955 LM § 138 BGB (Cb) Nr. 5 (= NJW 1956, S. 417)
7) Anm. Johannsen zu LM § 138 BGB (Cb) Nr. 5

Sicherungen werden zum Teil gegen gleichzeitige Hingabe eines Kredits bestellt. Das ist z.B. der Fall, wenn einem vermögenslosen Bauunternehmer ein Kredit zur Ausführung eines Auftrages gewährt wird und dafür die aus diesem Auftrag entstehenden künftigen Werklohnforderungen sicherungs- oder erfüllungshalber - und oft auch zur Sicherung oder Erfüllung alter Kreditforderungen - abgetreten werden. Dem Schuldner wird hier insofern nicht sein letztes gegenwärtiges oder künftiges Vermögen entzogen, als ihm durch die Kreditgewährung in der Regel ein gleich großer Wert zufließt.

Deshalb hält der BGH eine solche Sicherung oder Erfüllung nur für sittenwidrig, "wenn dem Schuldner jegliche Freiheit für eigene wirtschaftliche und kaufmännische Entschließungen genommen wird".[1] Diese Freiheit sei dem Schuldner genommen, wenn er unter Berücksichtigung seines noch freien Vermögens und des gewährten Kredits nicht mehr in der Lage sei,

1) die Gläubiger zu befriedigen, die im Zusammenhang mit dem finanzierten Vorhaben Forderungen erwerben (Arbeitnehmer und Lieferanten),

2) darüber hinaus in einem seinen Verhältnissen angemessenen Rahmen durch freiwillige Leistungen andere Gläubiger (also aus früherer Zeit) zu befriedigen.

Wenn sich die Lage des Schuldners nachträglich verschlechtert und der Kreditgeber deshalb seinen Kredit kündigen könnte, kann er statt dessen Abtretungen in solchem Umfang verlangen, daß Mittel zur Befriedigung anderer (früherer) Gläubiger nicht mehr verbleiben. Die"Auftragsgläubiger" müssen aber stets befriedigt werden können. Andernfalls haben sie Schadensersatzansprüche gegen den Kreditgeber aus § 826 BGB.[2]

Ebenfalls liegt kein Verstoß gegen die guten Sitten vor, wenn dem Kreditgeber bei gleichzeitiger Kreditgewährung das letzte freie Vermögen übertragen wird, der Schuldner durch diesen Kredit jedoch in die Lage versetzt wird, mit angemessenem Gewinn weiterzuarbeiten. Es schadet nichts, daß anderen Gläubigern Vollstreckungsgegenstände entzogen werden, da der Schuldner nunmehr seine Schulden bezahlen kann und soll und somit eine Vollsteckung verhindert werden kann.[3]

1) BGH 9. 11. 1955 BGHZ 19, 12 ff, 18

2) BGHZ 19, 12 ff, 19, 20 (Abtretung zur Erfüllung); BGH 8. 2. 1956 BGHZ 20, 43 ff (Sicherungsabtretung); Johannsen, Anm. zu LM § 138 BGB (Bb) Nr. 5 kommentiert den Ausdruck "Mittel zu freiwilligen Leistungen in angemessenem Rahmen" so: genügend Mittel zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit, zur Abwendung des Konkurses.

3) BGH 8. 2. 1956 BGHZ 20, 43 ff, 49; ähnlich BGH 7. 11. 1956 LM § 138 BGB (Bb) Nr. 13; BGH 27. 9. 1960 LM § 138 BGB (Cb) Nr. 12

Wird ein Warenlager zur Sicherung übertragen mit der Bestimmung, die Forderungen aus dem Verkauf seien im voraus an den Kreditgeber abzutreten und das Warenlager sei stets auf den alten Stand oder sogar bis zur Höhe des laufenden Kredits aufzufüllen, so führt das nicht zur Sittenwidrigkeit, wenn genügend Mittel zur Geschäftsfortführung und zur Abwendung des Konkurses bleiben.[1)]

e) Knebelnde Sicherungsverträge

Das Reichsgericht vertrat die Ansicht, schon umfangreiche Sicherungen als solche, besonders die Sicherungsübertragung des ganzen Vermögens, könnten den Schuldner in anstößiger Weise knebeln.[2)]

Der Schuldner wird aber oft vor der Kreditgewährung, für die er die Sicherungen bestellt, wirtschaftlich unfreier sein als nachher. Vorher hat er unter Umständen ein zum Teil schuldenfreies Vermögen, aber ihm droht die Zahlungsunfähigkeit. Durch die Kreditgewährung behält er die Zahlungsfähigkeit, wenn dadurch auch oft eine Überschuldung eintritt.

Besonders große Kredite sind häufig mit Überwachungs- und Weisungsrechten verbunden, durch die die richtige Verwendung und eventuell die rechtzeitige Kündigung der Kredite gewährleistet werden soll. Diese Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit ist aber nicht die Ursache für die schlechte Lage des Unternehmers, sondern eine Folge des schlechten Geschäftsganges. Die Aufsicht über den Schuldner kann deshalb nicht ohne weiteres als sittenwidrig bezeichnet werden, denn der Schuldner muß die Freiheit haben, im Interesse des Fortbestandes seines Unternehmens zeitweise weitgehend auf seine wirtschaftliche Freiheit zu verzichten.[3)]

---

1) BGH 4. 3. 1958 BB 1958, 428 (= WM 1958, 590); BGH 11. 10. 1961 LM § 138 BGB (Bb) Nr. 17 (= NJW 1962, 102 ff): Die Übereignung aller Waren zur Sicherung ist dann nicht sittenwidrig, wenn durch den Kredit alle Waren abbezahlt und damit erworben werden können.

2) RG 8. 11. 1927 RGZ 118, 361 f

3) Barkhausen NJW 1953, 1423; Flessa NJW 1953, 85

Deshalb hat der Bundesgerichtshof die Übernahme großer Vermögenswerte zur Sicherung zwar zu einem Anhaltspunkt für die Sittenwidrigkeit von Sicherungsverträgen erklärt, diese Tatsache allein aber nie für das Unwerturteil genügen lassen.[1] Johannsen kommentiert diese Rechtsprechung so, daß eine Knebelung niemals angenommen werden könne, wenn der Kredit dem Wert der dafür eingeräumten Sicherheiten ungefähr entspreche.[2] Die Freiheit des Schuldners, in seinem Unternehmen zu schalten und zu walten, wird durch solche Sicherungen nicht notwendigerweise angetastet.

Für eine Knebelung des Schuldners genügt es nicht, daß der Kreditgeber rechtlich die Möglichkeit hat, jederzeit das Sicherungsgut an sich zu ziehen und damit, wenn es sich z.B. um ein Warenlager oder um wichtige Maschinen handelt, den Betrieb zum Erliegen zu bringen. Diese Möglichkeit schadet nichts, wenn sich die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend darüber geeinigt haben, der Kreditgeber werde davon nur Gebrauch machen, wenn ihn die wirtschaftliche Lage dazu zwinge.[3]

Dem Schuldner ist auch eine gewisse Kontrolle der Geschäftsführung durch den Kreditgeber zuzumuten.
Bei Sanierungs- und Aufbaukrediten ist sie oft unumgänglich und für den Schuldner unter Umständen sogar heilsam. Doch muß dem Sicherungsgeber eine ausreichende wirtschaftliche Bewegungsfreiheit und die Möglichkeit bleiben, andere Gläubiger in angemessenem Rahmen zu befriedigen.[4] Der von der Rechtsprechung im Zusammenhang mit Sicherungsverträgen gebrauchte Ausdruck "Knebelung" enthält also auch Elemente der Gläubigergefährdung.[5] Der BGH weist zwar darauf hin, daß wegen "Knebelung" des Schuldners im eigentlichen Sinne ein Sicherungsvertrag nur nach § 138 BGB nichtig sein kann, daß sich aus ihr aber kein Schadenersatzanspruch für andere Gläubiger nach § 826 BGB ergeben könne.[6] Im Urteil vom 4. März 1958[7] heißt es aber:

---

1) vgl. oben unter d).
2) Anm. zu LM § 138 BGB (Bb) Nr. 7 (= BGHZ 20, 43 ff)
3) BGH 11. 10. 1961 WM 1961, 1297
4) BGH 20. 12. 1957 WM 1958, 249; OLG Frankfurt 18.1.1967 NJW 1967, 1043
5) darauf weist Berges BB 1954, 886 ff, 887 f hin
6) RGZ 143, 48, 50 f; BGH 9. 7. 1953 BGHZ 10, 228, 232; BGH 15. 6. 1962 WM 1962, 962, 965; BGH 20. 9. 1962 WM 1962, 1220, 1222
7) BGH 4. 3. 1958 BB 1958, 428 (= WM 1958, 590)

"Wenn der Bundesgerichtshof einen Vertrag, der die völlige Auslieferung des Kreditnehmers an den Kreditgeber zur Folge hat, auf seine Vereinbarkeit mit den guten Sitten prüft, geschieht es unbeschadet der Verschiedenheit der Tatbestände der §§ 138 und 826 BGB (vgl. BGH 10, 228, 232) insbesondere unter dem Gesichtspunkt, ob durch den Vertrag dritte Gläubiger über die Kreditfähigkeit und die Kreditwürdigkeit des Sicherungsgebers getäuscht werden."

3.) Vernachlässigung der Prüfungspflicht

In den aufgeführten Fällen nimmt der BGH einen Verstoß gegen die guten Sitten nur an, wenn ein weiterer (negativer) Umstand hinzutritt, wenn nämlich der Kreditgeber Sicherungen oder Erfüllung durch Vorausabtretungen fordert, ohne zuvor "die Lage des Unternehmens in einer den Verhältnissen des Falles angemessenen Weise geprüft zu haben".[1] Die Möglichkeit, daß durch solche Verträge Dritte geschädigt werden, ist nie ganz auszuschalten und kann deshalb allein noch nicht zur Sittenwidrigkeit führen.[2] Erst die Rücksichtslosigkeit, mit der diese Möglichkeit in Kauf genommen wird, erscheint dem BGH anstößig. Soll durch den zu sichernden Kredit dem Schuldner der Aufbau oder die Sanierung seines Unternehmens oder die Durchführung eines größeren Vorhabens ermöglicht werden, ist der Vertragszweck nicht zu beanstanden. Hat der Kreditgeber jedoch auf Grund der ihm bekannten Tatsachen ernstliche Zweifel an dem Erfolg der Finanzierung oder müßte er sie jedenfalls haben und setzt er sich doch zum Schaden anderer über diese Bedenken hinweg oder beachtet sie nicht, so ist sein Handeln rücksichtslos und damit sittenwidrig.[3]

Wann solche ernstlichen Zweifel vorliegen und wie genau die Prüfung jeweils sein muß, richtet sich nach der Eigenart des Einzelfalles. Wird ein Kredit zur "Sanierung" des Unternehmens gewährt, so deutet der Zweck schon darauf hin, daß die finanzielle Lage des Kreditnehmers angespannt ist. Deshalb darf ein solcher Vertrag nur geschlossen werden, wenn die Parteien auf Grund einer "sachkundigen und sorgfältigen Prüfung der Lage des Schuldners und besonders der Geschäftsaussichten überzeugt waren, das Sanierungsvor-

---

1) BGH 1. 2. 1956 LM § 138 BGB (Cb) Nr. 6 (= NJW 1956, 585)
2) BGH 9. 7. 1953 BGHZ 10, 228, 230; BGH 4. 10.1965 WM 1966, 14, 15
3) BGHZ 10, 228 ff, 233 f; BGH 4. 2. 1954 LM § 3 AnfG Nr. 1; BGH 8. 2. 1956 BGHZ 20, 43 ff, 52

haben werde Erfolg haben und eine Schädigung Dritter letztlich nicht eintreten".[1] Sanierungskredite werden außerdem oft von Banken und Sparkassen gewährt, mit denen der Schuldner schon längere Zeit in Geschäftsverbindung steht und die bereits andere Darlehnsforderungen gegen den Schuldner haben. Da sie deshalb gründlicheren Einblick in das Geschäft, aber auch wegen ihrer alten Gelder ein größeres eigenes Interesse an der Gesundung des Unternehmens haben, handeln sie besonders rücksichtslos, wenn sie sich über die drohende Schadensmöglichkeit für andere hinwegsetzen. In solchen Fällen stellt deshalb der BGH strengere Anforderungen an die Prüfungspflicht.[2] Die Prüfung muß dann sogar von einem branchenkundigen Wirtschaftsfachmann vorgenommen werden, der, damit er die erforderliche Objektivität hat, nicht in den Diensten des Kreditgebers stehen soll.[3] Ähnlich strenge Maßstäbe werden angelegt, wenn der Kreditgeber seine wirtschaftliche Machtstellung, die er auf Grund seiner Forderungen und Sicherungen über den Schuldner hat, ausnutzt, um sich weitere Sicherungen bestellen zu lassen.[4] Nur wenn der Unternehmer zuverlässig ist und das Geschäft eine Aufwärtsentwicklung erkennen läßt, bedarf es keiner so eingehenden Untersuchung.[5]

Anders ist die Lage bei Krediten, die zum Aufbau eines Unternehmens gewährt werden. Die Geldinstitute wollen hier nicht "eigennützig" ihre früher investierten Gelder retten. Außerdem sind die Gefahren für andere Gläubiger geringer. Sie können erkennen, daß es sich um ein neues Unternehmen handelt und müssen deshalb damit rechnen, daß es noch weitgehende mit fremdem Geld arbeitet und das wenige Eigenvermögen den Geldgebern zur Sicherung dient. Mit ihrer Kreditgewährung handeln sie also auf eigene Gefahr.[6] Das galt besonders bei den Aufbaukrediten der Nachkriegszeit und bei den Krediten an Flüchtlingsunternehmen.[7] Nur wenn dem Kreditgeber besondere Umstände ersichtlich sind,

---

1) BGHZ 10, 228 ff, 234; BGH 24. 5. 1965 WM 1965, 918
2) BGH 9. 7. 1953 BGHZ 10, 234
3) BGH 9. 7. 1953 NJW 1953, 1666 rechts letzter Abs. (= BGHZ 10, 228 ff; dieser Teil ist dort aber nicht abgedruckt).
4) BGH 2. 2. 1955 LM § 138 BGB (Bb) Nr. 4 (= NJW 1955, 1272 f); BGH 9. 11. 1955 BGHZ 19, 12 ff, 17 f; BGH 2. 11. 1955 LM § 138 (Cb) Nr. 5 (= NJW 1956, 417)
5) BGH 2. 2. 1955 LM § 138 BGB (Bb) Nr. 4
6) BGH 4. 2. 1954 LM § 3 AnfG Nr. 1; BGH 3. 3. 1956 LM § 93 BGB Nr. 4
7) BGH 13. 5. 1958 LM § 138 BGB (Cb) Nr. 11; BGH 11. 10. 1961 LM § 138 BGB (Bb) Nr. 17; BGH 20.12.1957 WM 1958, 249, 252; BGH 27. 9. 1960 WM 1960, 1223 f; BGH 20. 9. 1962 WM 1962, 1220, 1222

die eine Täuschung der Gläubiger über die Kreditwürdigkeit möglich erscheinen lassen, die die Gläubiger selbst aber nicht erkennen können, muß er die Verhältnisse des Schuldners prüfen.[1] Das ist z.B. der Fall, wenn der Umsatz ständig und nicht unerheblich sinkt, wenn die Verschuldung gegenüber der Bank und Dritten ständig wächst[2] und wenn sich daraus ernstliche Zweifel an dem Erfolg der Finanzierung ergeben.[3]

Ist der Schuldner dem Kreditgeber als tüchtiger und redlicher Kaufmann bekannt, kann sich der Kreditgeber trotz Kenntnis der Zahlungsschwierigkeiten bei der Prüfung des Unternehmens auf die vom Schuldner aufgestellten Bilanzen verlassen; er braucht ihre Richtigkeit nicht anzuzweifeln. Wenn sich aus den Unterlagen eine Aufwärtsentwicklung des Unternehmens ergibt, können die Kredite nachträglich gesichert werden, ohne daß es der Prüfung durch eine fachkundige dritte Person bedarf.[4] Das gilt allerdings nur, wenn der Kreditgeber selbst oder sein Personal eine solche Prüfung sorgfältig vornehmen können. Andernfalls muß stets ein Fachmann zugezogen werden.[5] Der Kreditgeber kann sich auch auf eine bereits vorgenommene behördliche Prüfung des Unternehmens verlassen, wenn kein Verdacht besteht, daß dabei von unrichtigen Voraussetzungen ausgegangen worden ist.[6]

Liegen Verdachtsmomente für eine schlechte Geschäftsentwicklung nicht vor, so kann der Kredit gegen Sicherung zur Eröffnung oder zum Ausbau eines Unternehmens gewährt werden, ohne daß sich der Kreditgeber damit schon groß fahrlässig der Einsicht verschließt, Dritte könnten dadurch Schaden erleiden.[7]

---

1) BGH 4. 2. 1954 LM § 3 AnfG Nr. 1 (zum Teil JZ 1954, 387)
2) BGH 2. 2. 1955 LM § 138 BGB (Bb) Nr. 4
3) BGH 8. 2. 1956 BGHZ 20, 43 ff, 52
4) BGH 1. 2. 1956 LM § 138 BGB (Cb) Nr. 6 (= NJW 1956, 585)
5) Anm. Johannsen zu BGH LM § 138 BGB (Bb) Nr. 7 (= BGHZ 20, 43 ff)
6) BGH 13. 5. 1958 BB 1958, 680 (= LM § 138 BGB (Cb) Nr. 11)
7) BGH 5. 11. 1964 WM 1965, 84, 86

C. Zusammenfassung

Aus den einzelnen Entscheidungen lassen sich die folgenden Grundsätze ableiten. Dabei ist zu beachten, daß die einzelnen Urteile sich jeweils auf mehrere der im folgenden aufgezählten Gesichtspunkte gründen:

I. Sicherung von Krediten durch Übereignung oder Abtretung (oder Tilgung durch Abtretung künftiger Forderungen) ist sittenwidrig, wenn der Kreditgeber mit ziemlicher Sicherheit voraussieht oder voraussehen muß, daß durch die Gewährung oder Belassung des Kredits Dritte zu ihrem Schaden über die Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers getäuscht werden.

II. Für Kredite Sicherungen zu bestellen (oder Kredite durch Abtretung künftiger Forderungen zu tilgen), ist sittenwidrig,

1. wenn durch die Sicherung (oder die Abtretung zur Erfüllung) mit Wissen oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Kreditgebers dem Schuldner die letzten freien Vermögensstücke, insbesondere auch künftige Forderungen entzogen werden;
2. wenn der Kredit einem Unternehmer gewährt oder belassen wird, von dem der Kreditgeber weiß oder grob fahrlässig nicht weiß, daß seine Geschäftslage oder Geschäftsführung zur Besorgnis Anlaß geben, insbesondere weil der Umsatz des Unternehmens ständig und nicht unerheblich sinkt, die Verschuldung, auch dem Kreditgeber gegenüber, ständig steigt oder der Kreditnehmer seine Geschäfte unlauter führt, z.B. den Kredit nicht vertragsgemäß verwendet;
3. wenn der Kredit einem Unternehmer gewährt oder belassen wird, von dem der Kreditgeber weiß oder grob fahrlässig nicht weiß, daß er konkursreif ist, insbesondere wenn durch den Kredit das Unternehmen zur Rettung anderer Forderungen des Kreditgebers saniert werden soll;
4. wenn sich der Schuldner dem Verlangen des Kreditgebers nach Sicherung (oder Forderungsabtretung zur Erfüllung) wegen seiner Verschuldung und den daraus folgenden Rechten des Kreditgebers nicht widersetzen kann (wirtschaftliche Machtstellung des Kreditgebers).

In den Fällen Nr. 1-4 liegt ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht vor, wenn der Sicherungsnehmer unter Berücksichtigung der ihm bekannten oder groß fahrlässig unbekannten Umstände bei Bestellung der Sicherungen (oder Abtretung zur Erfüllung) mit dem Eintritt des Schadens letztlich nicht zu rechnen brauchte, insbesondere weil andere Gläubiger bei gehöriger Sorgfalt nicht getäuscht werden (z.B. bei Flüchtlings- und Aufbaukrediten)

oder die Geschäftslage sich günstig entwickelt.

Bei der Übernahme der letzten freien Vermögensstücke (Nr. 1) liegt ein Verstoß gegen die guten Sitten insbesondere dann nicht vor, wenn dem Schuldner unter Berücksichtigung des gewährten Kredits und der Verwaltungsbefugnisse über das zur Sicherung übertragene Vermögen die Möglichkeit bleibt, neue Gläubiger, die auf die fortbestehende Kreditwürdigkeit vertrauen, ganz und andere in einem dem Geschäftsbetrieb angemessenen Rahmen zu befriedigen.

Bei nachträglicher Sicherung auf Grund eines Umstandes, der zur Kündigung des Kredites berechtigen würde, genügt es, wenn die Befriedigung der Neugläubiger sichergestellt ist.

5. TEIL: Rechtsfortbildung durch Vergleich der Sicherungsverträge mit ähnlichen gesetzlich gelösten Konflikten

Die Anfechtungsvorschriften der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes erfassen nur Fälle extremer Interessengestaltung (s.o. 3. Teil IV 4). Bei dem Interessenausgleich in den dazwischenliegenden Fällen hat die Rechtsprechung Lösungen gefunden, die auf ähnlichen Gedanken wie die gesetzlichen Bestimmungen über vergleichbare Konflikte beruhen (A - E). Aus diesen gesetzlichen Einzelbestimmungen lassen sich Grundsätze für die Feststellung gewinnen, wann gläubigerbenachteiligende Sicherungsverträge gegen die guten Sitten verstoßen (F).

A. Sicherungsverträge, die mit ziemlicher Sicherheit zum Schaden führen

1. Erweiterung der Anfechtungsregelung wegen größerer Verfügungsmöglichkeit des Schuldners

Wenn beide Parteien mit ziemlicher Sicherheit voraussehen, daß durch den Kreditvertrag andere Gläubiger zu ihrem Schaden getäuscht werden, dann ist die Anwendung der Generalklauseln der §§ 138, 826 BGB einfach zu erklären. Sicherungsbestellungen für solche Kredite können schon angefochten werden, weil der Schuldner in der Absicht handelt, seine Gläbiger zu benachteiligen, und der Kreditgeber davon Kenntnis hat.

Außerdem begeht der Schuldner, der in solcher Lage weitere Kredite aufnimmt, den neuen Gläubigern gegenüber einen Kreditbetrug. Aus der Erklärung des Schuldners, er wolle den Vertrag schließen, ergibt sich zugleich seine Absicht, nicht nur die Vorleistung anzunehmen, sondern auch den Kaufpreis oder die Darlehnssumme in der vereinbarten oder üblichen Zeit zu begleichen, also der ernstliche Wille, den vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen. Nur eine solche Deutung des Vertrages entspricht

einer billigen Auslegung. Sieht der Schuldner aber mit ziemlicher Sicherheit seinen Zusammenbruch voraus, fehlt ihm ein ernsthafter Zahlungswille. Seine objektiv anders zu verstehende Erklärung ist die Vorspiegelung einer falschen Tatsache.[1] Der Kreditgeber, der bei der Kreditgewährung von dem drohenden Zusammenbruch und den beabsichtigten weiteren Kreditaufnahmen weiß, nimmt an dem Kreditbetrug teil.

Hat nur der Kreditgeber von der akuten Gefahr Kenntnis, so ist eine Anfechtung nur deshalb nicht möglich, weil die Anfechtungsregelung auf den Mißbrauch der Verfügungsmacht durch den Schuldner abstellt.[2] Da aber wegen der erweiterten Sicherungsmöglichkeit durch Sicherungsübertragung die Verfügungsmacht des Schuldners ausgedehnt und für die Gläubiger gefährlicher geworden ist, ist eine solche Abgrenzung nicht mehr gerechtfertigt.[3] Die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der ziemlich sicheren Gläubigerbenachteiligung muß zur "Anfechtung" mit Hilfe der Generalklauseln ausreichen.

Die besondere Gefahr der gläubigertäuschenden Kreditverträge besteht darin, daß nicht nur die Aktivmasse durch die Sicherungen verkürzt wird, sondern daß sich auch die Schuldenlast durch neue, betrügerisch erlangte Kredite erhöht. Deshalb ist die Anwendung der Generalklauseln auch angebracht, wenn die akute Gefahr von den Beteiligten zwar nicht gesehen, infolge grober Fahrlässigkeit aber übersehen wird.

II. Erweiterung der Strafbarkeit von Konkursdelikten durch § 240 Abs. 1 Nr. 2 KO (Konkursverschleppung)

Die Erkenntnis, daß das Tatbestandsmerkmal der "Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen" für einen wirksamen Gläubigerschutz nicht ausreicht, hat schon um die Jahrhundertwende zur Strafvorschrift des § 240 I Nr. 2 KO[4] geführt.

---

1) RG 19. Juni 1893 RGSt 24, 216; RG 4. Mai 1936 HRR 1936 Nr. 1691; RG 22. Jan. 1942 DR 1943, 74; BGH 15. Juni 1954 BGHSt 6, 198 f (= NJW 1954, 1414 f); OLG Stuttgart 11. Juli 1958 NJW 1958, 1883; Wachinger, Gerichtssaal Bd. 102 (1933) S. 384; Leipz. Komm. (Jagusch) § 263, 11 c; Maurach § 38 II B 1 c, bb; Schönke-Schröder § 263, 15; Burchardt S. 13, 15

2) vgl. oben 1. Teil II 3 b

3) vgl. oben 3. Teil IV 3

4) eingeführt durch das "Gesetz, betreffend die Änderung der Konkursordnung" vom 17. Mai 1898 (RGBl. S. 230)

Danach ist der Schuldner nach Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung strafbar, wenn er in der Absicht, die Eröffnung des Konkursverfahrens hinauszuschieben, Waren oder Wertpapiere auf Kredit entnommen, d.h. bezogen hat und sie erheblich unter dem Wert in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise veräußert oder sonst weggegeben hat. Die Vorschrift wurde mit einem Bedürfnis begründet, das sich in Handelskreisen gezeigt hatte: Es müßten auch Handlungsweisen unterbunden werden, durch die zahlungsunfähige Schuldner ihren Gläubigern nicht selten schwere Vermögensschäden zufügten, auf die die Betrugsvorschriften im einzelnen Fall aber nicht angewendet werden könnten.[1)]

Es wird hier nicht die Absicht bestraft, die Gläubiger zu schädigen, sondern es genügt für die Strafbarkeit, daß der Konkurs für jetzt vermieden werden soll[2)] und zu diesem Zweck äußerst gefährliche Handlungen vorgenommen werden. Die Strafnorm wurde nur deshalb auf eine Art der Gläubigergefährdung beschränkt, weil ähnlich gefährliche Tatbestände, die zunächst vorgesehen waren (Übernahme von unverhältnismäßig hohen Bürgschaften, große Spekulationsgeschäfte) nicht so genau gefaßt werden konnten, wie es für eine Strafnorm erforderlich ist.[3)]

Eine entsprechende Erweiterung der Anfechtungsbestimmungen, für die dasselbe Bedürfnis bestand, wurde aber nicht vorgenommen. Der von der Rechtsprechung entwickelte Satz, die Voraussetzungen der §§ 138, 826 BGB seien gegeben, wenn die Vertragsparteien die ziemlich sichere Schädigung künftiger Gläubiger durch Täuschung erkannt oder grob fahrlässig übersehen haben, ergänzt aber die Anfechtungsregelung in ähnlicher Weise, ohne daß ihre subjektive Ausrichtung schon verlassen würde.[4)]

---

1) Hahn-Mugdan Bd. VII S. 260, 327; zur Entstehungsgeschichte und dem Sinn des § 240 I Nr. 2 KO auch BGH 1. 3. 1956 BGHSt 9, 84 ff, 85, 86
2) Hahn-Mugdan VII S. 260; Schönke-Schröder § 240 KO (nach § 281 StGB) Anm. 27
3) Hahn-Mugdan VII S. 358, 360
4) Deshalb machen auch die Autoren, die grundsätzlich gegen die Anwendung der Generalklauseln neben der Anfechtungsregelung sind, hier eine Ausnahme. Man könne die §§ 138, 826 BGB bei solchen Tatbeständen anwenden, die "an echten Kreditbetrug und an Konkursverschleppung" anklängen; Westermann, Interessenkollisionen, S. 38; Barkhausen NJW 1953, 1665

B. Die Übernahme des ganzen oder des letzten freien Vermögens zur Sicherung oder Erfüllung

Beim Entzug des letzten Vermögens und der Abtretung aller künftigen Forderungen finden sich vergleichbare Regelungen in den §§ 419 BGB und 850 h ZPO.

I. Die Interessen der Beteiligten

Es stehen sich folgende Interessen gegenüber: Den Gläubigern wird oft die Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung genommen, wenn das gesamte noch freie Vermögen zur Sicherung übertragen wird. Selbst wenn dem Schuldner gleichzeitig Kredit gewährt wird, geschieht das doch häufig in der Form, daß die Geldinstitute unmittelbar die Gläubiger des Schuldners befriedigen, dem Schuldner also kein Bargeld zur Verfügung steht. Die anderen Gläubiger sind dann völlig von dem guten Geschäftsgang des Schuldners abhängig. Die Lage verschlechtert sich noch, wenn die künftigen Forderungen aus dem vom Kreditgeber finanzierten Vorhaben zur Sicherung oder Erfüllung abgetreten werden. Der Unternehmer arbeitet dann unter Umständen nur noch für den Kreditgeber.

Dieser kann aber ohne weiteres erkennen, daß es um die Vermögensverhältnisse des Schuldners schlecht bestellt sein muß. Das letzte dem Gläubigerzugriff noch offenstehende Vermögen muß zur Sicherung hergegeben werden, und eine Gläubigerschädigung wird fast unumgänglich.

II. Die vergleichbare Regelung des § 419 BGB

Wenn der Kreditgeber in solchen Fällen haftbar gemacht wird, entspricht das den Grundgedanken des § 419 BGB. Wer durch Vertrag das Vermögen eines anderen übernimmt, haftet nach dieser Vorschrift als Mitschuldner für die zur Zeit des Vertragsschlusses bestehenden Verbindlichkeiten des Veräußerers. Die Haftung ist auf den Bestand des übernommenen Vermögens beschränkt.

Die Parallele zu der Vorschrift des § 419 BGB ist nicht ohne weiteres ersichtlich, weil der dem § 419 zugrundeliegende Gedanke dadurch ziemlich verdeckt ist, daß eine für Sonderfälle der Vermögensübernahme geltende Regelung des gemeinen Rechts in zu all-

gemeiner und daher mißverständlicher Form in das BGB übernommen wurde. Daraus erklären sich die fragwürdigen Ergebnisse, die die Anwendung der Vorschrift auf die Sicherungsübertragung des Vermögens mit sich bringt.[1] Führt man jedoch die allgemeine Fassung auf die besonderen Fälle zurück, die dem Gesetzgeber vorgeschwebt haben, so wird erkennbar, daß dem § 419 BGB ein anfechtungsrechtlicher Tatbestand zugrunde liegt. Die Rechtsprechung hat sich bei der Lösung der Fälle, die in die gesetzliche Anfechtungsregelung nicht einbezogen worden sind, zur Auslegung des Begriffes "Verstoß gegen die guten Sitten" im Ergebnis des Grundgedankens des § 419 BGB bedient.

Der anfechtungsrechtliche Grundgedanke soll im folgenden an zwei Problemen des § 419 BGB aufgezeigt werden: an der Berücksichtigung der Gegenleistung (1) und an dem Vorwegbefriedigungsrecht des Übernehmers (2).

1.) § 419 BGB als anfechtungsrechtliche Norm, dargestellt am Problem der Gegenleistung

a) Die Anwendung des § 419 BGB auf die Übernahme des Vermögens zur Sicherung bereitet Schwierigkeiten, weil es nach der herrschenden Meinung für die Haftung des Übernehmers unerheblich ist, ob für das Vermögen eine gleichwertige Leistung erbracht wird oder nicht. Es wird die Auffassung vertreten, die Gegenleistung müsse grundsätzlich außer Betracht bleiben, da sie ein neues Vermögen bilde und deshalb nicht zu dem übernommenen Vermögen i.S.d. § 419 gehöre.[2] Etwas anderes könne allenfalls gelten, wenn die Gegenleistung den Gläubigern die gleiche Sicherungs- oder Befriedigungsmöglichkeit biete wie das bisherige Vermögen. Das sei aber regelmäßig nicht der Fall,[3] denn der Kaufpreis oder die hypothekarisch gesicherte Gegenforderung seien leichter umzusetzen und könnten so den Gläubigern einfacher entzogen werden.[4] Der Sicherungsnehmer, der das letzte Vermögen des Schuldners übernimmt, müßte nach dieser Auffassung stets, auch wenn er einen gleichwertigen Kredit hingibt und die Geschäftsaussichten gut sind, mit einer Haftung rechnen.

---

1) Paulus ZZP 64, 186 ff
2) BGH 13. Juli 1960 BGHZ 33, 123, 126 mit Nachweisen der RG-Rechtsprechung auf S. 125; Palandt-Danckelmann § 419, 2; RGRK-BGB (Löscher) § 419 Anm. 7
3) RG 20. 10. 1911 Recht 1912 Nr. 203; BGHZ 33, 126 läßt die Frage offen.
4) so etwa RG 29. 6. 1908 RGZ 69, 283 ff; Rospatt JR 1934, 63

Dem wird entgegengehalten, bei einer Vermögensübernahme gegen Entgelt könne eine Haftung des Übernehmers nicht eintreten, da die Befriedigungsmöglichkeit der Gläubiger nicht in einem für § 419 ausreichenden Maße geschmälert werde.[1)]

Bei der Veräußerung des Vermögens für eine gleichwertige Gegenleistung liege schon dem Begriff nach keine Vermögensübernahme, sondern nur eine "reine Umsetzung der Werte" vor. Damit scheide § 419 aus.[2)] Da die Gläubiger sich nun so an das Bargeld oder die Kaufpreisforderung halten könnten, wie sie sich früher an das Vermögen halten konnten, gäbe es keinen wirtschaftlichen Grund, auch noch den Erwerber neben dem ursprünglichen Schuldner haften zu lassen.[3)] Das müsse insbesondere gelten, wenn die Kreditunterlage des Schuldners keine Veränderung, besonders keine Verringerung erfahre, z.B. wenn ein Hausgrundstück gegen ein gleichwertiges anderes getauscht werden.[4)] Aber auch wenn die Gegenleistung weniger Sicherheit biete - und das sei die Regel -[5)], liege keine Vermögensübernahme i.S.d. § 419 vor, weil nicht das ganze Vermögen übernommen sei. Bei der Frage ob das ganze Vermögen übertragen sei, müsse die Gegenleistung berücksichtigt werden, ob sie nun gleichwertig sei oder nicht.[6)]

Die folgenden Darlegungen sollen zeigen, daß die Nichtberücksichtigung der Gegenleistung in den Fällen, von denen der Gesetzgeber ausging (Vermögensschenkung, Leibrentenvertrag), haltbar war. Heute wird § 419 BGB aber auf zahlreiche andere Fälle, z.B. auf Verträge über Einzelgegenstände, angewendet. Deshalb bedarf die Ansicht von der Nichtberücksichtigung der Gegenleistung einer Einschränkung.

b) Die Haftung des Übernehmers eines Vermögens für die Schulden des Veräußerers war von der partikularen Gesetzgebung und der Spruchpraxis des 18. und des 19. Jahrhunderts für einzelne Vertragstypen - Erbschaftskauf, Vermögensschenkung, Vitalizien- und Alimentenvertrag[7)] - anerkannt worden. Diesen Vorbildern folgend, wurde die Vorschrift

---

1) Jacusiel DRiZ 1928, 157 f; Rospatt JR 1934, 62; Paulus ZZP 64, 187
2) OLG München 8. Juli 1914 RSpr.OLG Bd. 33, 251, 253
3) Jacusiel DRiZ 1928, 157, 158
4) Rospatt JR 34, 62
5) Rospatt JR 34, 63
6) so im Ergebnis Jacusiel DRiZ 1928, 1 58
7) Darunter verstand man Verträge, durch die jemand sein ganzes Vermögen hingab gegen die Verpflichtung des Empfängers, ihn bis an das Lebensende in allen Lebensbedürfnissen zu versorgen (Delbrück S. 38).

des § 419 in das BGB augenommen und auf alle Fälle der vertraglichen Vermögensübernahme ausgedehnt, da den Gesetzgebern kein Grund ersichtlich war, dieses Institut auf bestimmte Verträge zu beschränken.[1] Bei der Ausgestaltung der Vorschrift ging man von der dogmatischen Begründung aus, die Delbrück[2] 1853 für die Haftung des Vermögensübernehmers gegeben hatte. Das wird bis heute an der Argumentation über die Beachtlichkeit der Gegenleistung deutlich. Die Delbrücksche Deutung paßt jedoch nicht auf die Vorschrift des § 419 BGB in ihrem heutigen ausgedehnten Anwendungsbereich.[3] Ihr lag folgender Gedanke zugrunde: Die Erklärung der gemeinrechtlichen Lehre für die Haftung des Übernehmers für die Schulden des Veräußerers bei der Schenkung des ganzen Vermögens sei unbefriedigend.

Die gemeinrechtliche Lehre argumentierte:

Bei der Schenkung des ganzen Vermögens stehe der Beschenkte mit den Gläubigern des Gebers in gar keinem Rechtsverhältnis, könne folglich von diesen auch nicht belangt werden, während der Geber nichts mehr habe, woraus er sie befriedigen könnte. Werde deshalb bei der Schenkung nichts besonderes ausbedungen, so gelte die sehr natürliche Annahme, daß sich der Empfänger stillschweigend verpflichtet habe, alle Schulden zu bezahlen, also "den Geber gegen die Gläubiger zu vertreten." Diese Annahme folge unmittelbar aus dem römisch-rechtlichen Begriff des Vermögens, welches hier Gegenstand der Schenkung sei; denn Vermögen sei überall nur diejenige Summe von Rechten, welche dem Inhaber nach Abzug der Schulden übrig bleibe.[4]

Aus dieser "Klage" des Gebers gegen den Beschenkten könnten sich die Gläubiger des Gebers befriedigen, indem sie sich diese "Klage" cedieren ließen.[5]

Werde aber ausdrücklich bestimmt, daß der Empfänger die Schulden nicht bezahlen solle, und sei deshalb die erwähnte Auslegung nicht möglich, so hätten die Gläubiger gegen den Empfänger die actio pauliana.[6] Denn die unredliche Absicht sei so augenscheinlich, daß auch der Empfänger darüber gar nicht im Zweifel sein könnte.[7]

Ebenso konnte man nach Delbrück beim Alimentenvertrag und beim Erbschaftskauf i.d.R. mindestens eine stillschweigende Vereinbarung annehmen.[8] Wenn der Veräußerer die Schulden nicht vorher beglichen hatte und seine Gläubiger nicht benachteiligen wollte,

---

1) Mugdan II 83 = Mot. II 151 f
2) Berthold Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Rechte, Berlin 1853
3) Die folgenden Überlegungen sind vorgezeichnet von Paulus ZZP 64, 192 Anm. 5
4) Friedrich Carl v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Vierter Bd. Berlin 1841 S. 137
5) Savigny S. 138
6) Savigny S. 139
7) Savigny S. 140
8) Delbrück S. 37, 38

mußte er sich mit dem Übernehmer über die Schuldentilgung einig werden und den Kaufpreis entsprechend niedrig bemessen. Deshalb wurde auch beim Alimentenvertrag eine Haftung des Vermögensübernehmers für die Schulden des Veräußerers angenommen, obwohl das römische Recht (im Gegensatz zur Schenkung des ganzen Vermögens und zum Erbschaftskauf) keine Entscheidung darüber enthielt. Denn, so sagte man, es scheine in der Natur der Sache gegründet zu sein, daß der, welcher ein ganzes Vermögen übernehme, auch die dazugehörigen Passiva übernehmen müsse.[1)]

Bei diesen Fällen entstanden aber Schwierigkeiten, wenn ein Haftungsausschluß für den Übernehmer ausdrücklich vereinbart worden war. Die actio pauliana war dann nicht immer gegeben, weil wegen der Gegenleistung nicht ohne weiteres die Betrugsabsicht des Schuldners unterstellt werden konnte.[2)] Außerdem wurde es vom Standpunkt des römischen Rechts aus für fraglich gehalten, ob das Recht des Veräußerers, vom Übernehmer Befreiung von seinen Schulden zu verlangen, abgetreten werden könne.[3)] Die Übertragung von Forderungsrechten war nach römischem Recht nur beschränkt möglich, weil der Wille der Person absolut die Schuldverhältnisse beherrschte.[4)]

Delbrück teilte die Ansicht, daß bei Alimentenverträgen und in ähnlichen Fällen die Klage der Gläubiger des Veräußerers gegen den Übernehmer des Vermögens einem unbestreitbaren und allgemein anerkannten Bedürfnis entspreche.[5)] Er glaubte aber, man könne dieses Ergebnis nur nach deutschem Recht dogmatisch richtig begründen.

Nach deutschem Recht seien Rechte und Pflichten nicht nur wie nach römischem Recht an die Person geknüpft, sondern Forderungen und Schulden seien Bestandteile einer Vermögensmasse. Eine Person klage und werde verklagt nur, insofern sie Verwalter dieser Vermögensmasse sei. Insofern sei das Eigentum ein Amt.[6)] Die direkte Klage gegen den Übernehmer sei deshalb möglich, weil eine Person nicht nur verklagt werden könne, insofern sie rein persönlich verpflichtet sei, sondern auch insofern sie Inhaber eines Vermögens sei, auf welchem Schulden lasteten.[7)]

Bei der Übernahme eines Vermögens bedürfe es deshalb in Ansehung der Schulden gar keiner besonderen Willenserklärung, ebenso wenig wie es einer solchen in Ansehung einzelner zur Masse gehöriger Sachen bedürfe.[8)]

1) Delbrück S. 87
2) Delbrück S. 75
3) Delbrück S. 77 f, 83 f
4) Delbrück S. 71
5) Delbrück S. 73, 74
6) Delbrück S. 72
7) Delbrück S. 72
8) Delbrück S. 37

Nach dieser Auffassung ist das Vermögen des Schuldners mit einer Art Hypothek zugunsten der Gläubiger belastet. Folgerichtig muß es für die Haftung des Übernehmers gleichgültig sein, ob und welche Gegenleistung er für die Übertragung des Vermögens erbringt. Den Gläubigern bleibt das alte Vermögen verhaftet, so wie einem Hypothekengläubiger ein Grundstück auch nach der Veräußerung weiterhaftet.

Bei den Fällen, von denen Delbrück ausging, erwuchsen aus der Nichtberücksichtigung der Gegenleistung keine Schwierigkeiten: Ein Entgelt fehlte entweder ganz (bei der Vermögensschenkung) oder war so gering, daß die Gläubiger sich aus ihm bei weitem nicht voll befriedigen konnten (beim Alimentenvertrag), oder die Übernahme der Schulden wurde bei der Festsetzung der Gegenleistung mit angerechnet (beim Erbschaftskauf).[1)]

Die Autoren des BGB schlossen sich offenbar der Überlegung an, daß die Haftung des Übernehmers in den genannten Fällen, wie sie schon vor Inkrafttreten des BGB anerkannt war,[2)] eine Folge des allgemeinen Satzes sei, die Schulden seien eine Last des Vermögens. Denn man meinte, daß die Haftung nicht aus der Eigenart der einzelnen Verträge folge. Deshalb bestehe kein Grund, sie auf gewisse Verträge zu beschränken.[3)] Diese Vorstellung war zunächst verhältnismäßig unschädlich, denn § 419 sollte nur für sog. Gesamtgeschäfte, also für solche Verträge gelten, durch die nach dem Leitbild der vorweggenommenen Erbfolge das Vermögen zu einem Gesamtpreis in "Bausch und Bogen" übernommen wurde.[4)] Dieser Wille ist auch in § 419 insofern ausgedrückt worden, als das Gesetz nicht auf den

---

1) Diesem mutmaßlichen Parteiwillen trägt § 2378 BGB Rechnung.

2) Überblick über den früheren Rechtszustand in RG 22. 6. 1908, RGZ 69, 284 ff, 286 f

3) Mugdan II 83 = Mot. II 151. Die Gesetzgeber sahen die Schulden als Last des Vermögens an. Sie hielten die Anwendung des § 419 auf die Veräußerung eines Teils des Vermögens für so selbstverständlich - ebenso wie die Weiterhaftung eines vom Grundstück abgetrennten Teils für die Hypothek (Mugdan III 365 = Mot. III 654, RGRK-BGB (Pritsch) § 890, 17) -, daß die entsprechende Vorschrift des Entwurfes (§ 319 Abs. 3 E I -1888-) und auch das Wort "ganzes" Vermögen in Abs. 1 des § 419 gestrichen wurden. Die Meinung, § 419 BGB sei auch bei der Übernahme eines Bruchteils des Vermögens anzuwenden, findet sich bei Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Erste Abteilung § 419, 6 a; Enneccerus-Lehmann (15) 1958, § 86 II 1 b.
Die Wendung "Last des Vermögens" findet sich bei Rospatt JR 34, 51; Bergenroth MDR 1953, 140; RG 26. 9. 1930 RGZ 130, 34, 37; RG 12. 1. 1933 RGZ 139, 199, 202.

4) Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. I 2. Buch S. 893 Anm. 35

tatsächlichen Übergang der Summe aller einzelnen Vermögensgegenstände, sondern auf das einheitliche Verpflichtungsgeschäft, auf den Abschluß "des" Vertrages abstellt. Es sollte nicht auf die objektiven Verhältnisse, sondern auf den Vertragstyp ankommen, für den auch die Formvorschrift des § 311 BGB gilt.[1)]

Kurz nach Inkrafttreten des BGB wurde die Vorschrift von der Lehre und der Rechtsprechung nur in diesem Sinne ausgelegt und angewendet.[2)]

Auch bei Gesamtgeschäften, die dem Typ der vorweggenommenen Erbfolge entsprechen, kann man zum Teil davon ausgehen, daß der Übernehmer noch nicht beglichene Schulden des Veräußerers gegen Anrechnung auf die Gegenleistung erfüllen soll und somit keine Härten durch die Inanspruchnahme des Übernehmers entstehen. Aber schon hier können Schwierigkeiten auftreten. Bei Gesamtgeschäften, die der Versilberung des Vermögens dienen und nicht eine Alimentation oder eine Vermögensschenkung zum Inhalt haben, werden die Schulden des Veräußerers regelmäßig unberücksichtigt bleiben. Das gilt noch mehr für Geschäfte über Einzelgegenstände, die das ganze Vermögen des Veräußerers ausmachen.

c) Von dem Standpunkt aus, daß die Schulden eine Last des Vermögens seien, erschien es willkürlich, die Gläubiger des Veräußerers nur zu schützen, wenn ihnen ihr ursprünglicher Haftungsgegenstand durch einen Gesamtvertrag entzogen wurde. Die Schulden mußten auch auf dem Vermögen lasten bleiben, wenn das Vermögen im wesentlichen nur aus einem wertvollen Gegenstand, z.B. einem Grundstück, bestand oder die einzelnen Vermögensgegenstände dem Erwerber in mehreren selbständigen Verträgen verkauft wurden.

---

1) Siller, Gruch Beitr. 71 (1931) S. 179 ff, 185; Soergel-Siebert-Schmidt § 419, 4 und 5; Richter MDR 1953, 469

2) OLG Frankfurt Recht 1903 Nr. 3067 S. 604;
OLG Jena Recht 1903 Nr. 2771 S. 550;
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I 2 S. 893 Anm. 35; Planck, 3. Aufl. § 419, 1; diese Meinung wird heute noch zu § 1822 Nr. 1 BGB vertreten: BGH DNotZ 1957, 504; Palandt-Lauterbach § 1822, 2.

Deshalb ist schon bald nach Inkrafttreten des BGB anerkannt worden, daß § 419 stets gelte, wenn im wesentlichen das ganze Vermögen auf einen anderen übertragen werde, ob das Grundgeschäft nun ein Gesamtvertrag sei oder nicht.[1)]

Bei derartigen Einzelverträgen ist es aber durchaus möglich, daß eine dem Wert der Gegenstände entsprechende Gegenleistung vereinbart wird und es dem Veräußerer überlassen bleibt, damit seine Schulden zu begleichen. Der Schuldner will häufig gerade sein Vermögen umsetzen, um seinen Zahlungsverpflichtungen nachkommen zu können. Auch in diesen Fällen wird § 419 angewendet.[2)] Der Schutz, der ursprünglich für den Entzug des Gesamtvermögens und damit aller Haftungsgegenstände gedacht war, ist also auf solche Fälle ausgedehnt worden, in denen die Befriedigung der Gläubiger nicht unmöglich gemacht, sondern nur dadurch gefährdet und erschwert wird, daß das Vermögen in eine Forderung oder in Bargeld umgesetzt wird.

Sind die Schulden eine Last des Vermögens, ist diese Auffassung konsequent. Der Kaufpreis oder die Kaufpreisforderung müssen dann unbeachtet bleiben, weil sie anderes, neues Vermögen bilden[3)] und deshalb nicht zum alten, mit den Schulden belasteten Vermögen i.S.d. § 419 gehörten.

Folgerichtig hat deshalb noch in neuer Zeit im Anschluß an die RG-Entscheidungen Bergenroth[4)] die Auffassung vertreten, § 419 sei bei Einzelverträgen, die objektiv im wesentlichen das ganze Vermögen erfassen, auch anzuwenden, wenn der Übernehmer von diesem Umfang des Vertrages nichts wisse. § 419 enthalte einen allgemeinen, das ganze Rechtssystem durchziehenden, auf das Vermögen bezogenen Schutz zugunsten der Gläubiger, die auf das Vermögen des Schuldners als Kreditunterlage vertrauten. Deshalb müsse jeder, der einen großen Vermögensgegenstand erwerbe, damit rechnen, daß er mit Schulden belastet sei. Gegebenenfalls müsse er Nachforschungen anstellen.[5)]

---

1) RG 7. 2. 1907 RGZ 65, 164 ff, 171; RG 12. 11. 1908 RGZ 69, 416 ff, 420 f; Planck-Siber (4) Berlin 1914, Bd. II 1 § 419, 1;
2) Heute allgemein anerkannt; für alle Soergel-Siebert-Schmidt § 419 Anm. 6
3) vgl. oben S. 85,86
4) Bergenroth MDR 1953, 140
5) Bergenroth MDR 1953, 142

Dabei wird aber übersehen, daß § 419 seiner Entstehungsgeschichte und seinem Wortlaut nach auf Geschäfte über Einzelgegenstände nicht unmittelbar anwendbar ist. Bei Geschäften über einen Vermögensinbegriff kann auf den Verkehrsschutz verzichtet werden, weil aus dem Gegenstand des Geschäfts ersichtlich ist, daß eine Haftung für Schulden bestehen kann.[1] Zwischen den Interessen der Gläubiger und denen des Erwerbers besteht kein großer Widerstreit.

Wird aber wegen der Gefahr der Umgehung des § 419 und wegen der gleichen Interessenlage auf Seiten der Gläubiger die Vorschrift auch auf Einzelgegenstände ausgedehnt, die das ganze Vermögen ausmachen, so darf der Erwerber dadurch nicht stärker belastet werden als in den gesetzlich geregelten Fällen. Sonst würde das Ziel einer Analogie nicht erreicht, in den gesetzlich geregelten und in den vom Gesetzgeber nicht berücksichtigten Fällen interessenmäßig zum gleichen Ergebnis zu kommen. Die Ausdehnung darf deshalb nur vorgenommen werden, wenn zugleich die Kenntnis des Erwerbers von den Vermögensumständen verlangt wird.[2]

d) Diese Forderung, entgegen dem Wortlaut des § 419 auf die Kenntnis des Übernehmers bei der Übernahme von Einzelgegenständen abzustellen, entspricht dem Bedürfnis des Verkehrs. Das zeigt aber, daß das in § 419 geregelte Institut nicht zutreffend mit dem Satz, die Schulden seien eine Last des Vermögens, umschrieben werden kann. Das Vermögen ist keine feste Größe, deren Einzelbestandteile - ähnlich wie die Bestandteile eines hypothekarisch belasteten Grundstücks - grundsätzlich auch noch nach ihrer Trennung für die gesicherte Forderung weiterhaften (vgl. § 1120 BGB). Der Verkehr würde durch eine solche Auffassung auf das stärkste belastet. Den Fällen, die den Gesetzgeber zu der allgemeinen Fassung des § 419 veranlaßt haben, liegt vielmehr folgender gemeinsamer Gedanke zugrunde: Es sollen Geschäfte unterbunden werden, die das Haftungsminimum des Schuldners erkennbar angreifen.

---

1) Richter MDR 1953, 469

2) Enneccerus-Lehmann § 86 II 1 b; Richter MDR 1953, 469; Soergel-Siebert-Schmidt § 419, 5 u. 6. Im Ergebnis ebenso RGRK-BGB (Löscher) § 419, 13, Westermann, Sachenrecht § 85 II 2

Nach den Digesten[1] hatte derjenige Gläubiger die actio pauliana, dessen Schuldner sein ganzes Vermögen einem anderen übertragen hatte, und zwar unabhängig davon, ob dem Schuldner das consilium fraudandi und dem Übernehmer die Kenntnis solcher Absicht nachgewiesen werden konnten. Auf die Kenntnis des Übernehmers kam es dabei nicht an, weil die Digesten eine unentgeltliche Vermögensübertragung meinten.[2] Eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners könnte ohne weiteres unterstellt werden, da er um seine Gläubiger wußte und doch all sein Vermögen weggab.[3] Die Tatsache, daß man die entgeltlichen Verträge, den Erbschaftskauf und den Alimentenvertrag, systematisch nicht ebenso einordnen konnte, hatte folgenden Grund: Aus der unentgeltlichen Veräußerung des Vermögens konnte auf niedrige Beweggründe des Schuldners geschlossen werden. Bei den entgeltlichen Verträgen war das nicht immer möglich,[4] weil man regelmäßig davon ausgehen mußte, daß der Veräußerer und der Übernehmer sich über die Befriedigung der Gläubiger verständigt hatten.

Eine Erbschaft wird gerade deshalb veräußert, weil der Erbe sich der Abwicklung entziehen will;[5] wer sich gegen Leibrente auf das Altenteil zurückzieht, wird oft die Durchführung noch schwebender Geschäfte dem Nachfolger überlassen. Schwierigkeiten entstanden nur, wenn die Parteien sich nicht an die Vereinbarungen hielten. Eine von Anfang an bestehende fraus creditorum war dann oft nicht nachweisbar. Die Begründung mußte deshalb bei entgeltlichen Verträgen anders sein als bei unentgeltlichen.

Heute ist dieser Unterschied nicht mehr gerechtfertigt. Die Konkursordnung stellt bei der Schenkungsanfechtung nicht mehr auf die Benachteiligungabsicht des Schenkers ab, sondern nur darauf, ob die Gläubiger benachteiligt sind und ob es dem Empfänger zumutbar ist, das Geschenk zurückgeben. Bei dem das ganze Vermögen erfassenden Alimentenvertrag oder bei der Vermögensschenkung, von denen der Gesetzgeber bei § 419 BGB ausging, ist dem Übernehmer eine Haftung ebenfalls zuzumuten, weil die Gegenleistung regelmäßig entsprechend bemessen wird. Wenn für diese Verträge ebenfalls die Notwendigkeit der Haftung des Übernehmers anerkannt wurde, so ist das auf die gleiche Interessenlage wie bei der Schenkung zurückzuführen. Es liegt nur ein gradueller Unterschied vor.

1) I 17 § 1 Dig. 42, 8
2) Savigny Bd. 4 S. 139 Note (K); Delbrück S. 75
3) Digesten aaO.
4) Delbrück S. 75
5) Bartholomeyczik Erbrecht § 57 III S. 377

e) Die Regelung des § 419 folgt nicht daraus, daß die Schulden eine Last des Vermögens sind. Die Vorschrift behandelt Anfechtungsfälle im weiteren Sinne. Die grundsätzliche Nichtbeachtung der Gegenleistung ist daher fraglich. Bei den Ausgangsfällen war das noch gerechtfertigt. Bei Verträgen über Einzelgegenstände kann man aber nur selten annehmen, daß die Parteien eine Vereinbarung über die Tilgung der Schulden des Veräußerers treffen oder doch billigerweise aus Rücksicht auf die Gläubiger treffen sollten. Es bleibt dem Schuldner überlassen, mit der vollwertigen Gegenleistung seine Gläubiger zu befriedigen. Das gilt besonders, wenn Einzelgegenstände zur Sicherung übertragen werden.

Durch die Umwandlung des Vermögens von Sachwerten in Geld wird die Sicherung der Gläubiger zwar beeinträchtigt. Das ist aber noch kein Grund, den Erwerber der Sachwerte haften zu lassen. Andere Geschäfte, z.B. der ungünstige Verkauf eines großen Teils des Vermögens, können die Gläubiger ebenso gefährden wie die Veräußerung des im wesentlichen ganzen Vermögens zu einem angemessenen Preis. Aber nur im letzten Fall tritt die Haftung nach § 419 BGB ein. Es ist deshalb nicht gerechtfertigt, nur auf die Gefährdung der Gläubiger abzustellen. Es müßte eine gewisse Intensität der Gefahr vorliegen.[1)]

Deshalb erscheint die Ansicht richtig, der Übernehmer brauche jedenfalls dann nicht zu haften, wenn die Gegenleistung gleichwertig sei und den Gläubigern die gleiche Sicherheit biete wie das alte Vermögen, z.B. wenn ein Hof gegen einen anderen ausgetauscht werde.[2)]

---

1) Der BGH (8. 1. 1956 BGHZ 20, 43 ff, 50) zu einem Fall der Abtretung aller künftigen Forderungen: "Selbst wenn unterstellt wird, daß im Zusammenhang mit der Fortführung dieses Bauvorhabens neu hinzutretende Gläubiger schon durch den Vorfinanzierungsvertrag über die Kreditfähigkeit des Gemeinschuldners getäuscht worden sind, ist doch dieser Vertrag deswegen allein nicht sittenwidrig. Sein Zweck war es gerade zu gewährleisten, daß diese Gläubiger vom Gemeinschuldner befriedigt werden konnten, so daß sie es nicht nötig hatten, im Vollstreckungsweg gegen ihn vorzugehen. Dieser Zweck konnte auch erreicht werden". Ähnlich BGH 9. 11. 1955 BGHZ 19, 12 ff, 18.

2) Vgl. oben 5. Teil B II 1 a; BGHZ 33, 126 wendet sich nicht grundsätzlich gegen die Richtigkeit des Satzes, bei völlig gleicher Befriedigungsmöglichkeit für die Gläubiger sei § 419 nicht anwendbar, macht aber geltend, in der großen Mehrzahl der Fälle seien die Voraussetzungen nicht gegeben.

Dasselbe muß gelten, wenn die Sicherheit zwar etwas beeinträchtigt wird, aber nicht vorauszusehen ist, daß die Gläubiger einen Schaden erleiden werden. Der subjektive Tatbestand, der entgegen dem Wortlaut des § 419 BGB bei der Übernahme von Einzelgegenständen mit Recht gefordert wird, zeigt, daß aus Gründen des Verkehsschutzes auf die Erkennbarkeit einer möglichen Haftung abgestellt werden muß. Sonst kann dem Übernehmer eine Inanspruchnahme nicht zugemutet werden. Dem Übernehmer ist der Beweis dafür aufzubürden, daß er eine Beeinträchtigung der Gläubiger nicht habe voraussehen können. Das folgt aus der Gefahr, die durch die das ganze Vermögen erfassenden Verträge für die Gläubiger des Veräußerers entsteht (s. unten 5. Teil D).

2.) Das Vorwegbefriedigungsrecht des § 419 II BGB

Das sich aus § 419 Abs. 2 BGB ergebende Vorwegbefriedigungsrecht des Vermögensübernehmers nimmt der Vorschrift des § 419 viel von ihrer gläubigerschützenden Wirkung. In der Literatur[1)] wird die Ansicht vertreten, gerade im Hinblick auf das Vorwegbefriedigungsrecht könne man über § 419 keinen Ausgleich zwischen den Interessen der ungesicherten Gläubiger und denen des Kreditgebers, der sich das ganze Vermögen zur Sicherung übertragen lasse, erreichen. Die Schwierigkeiten ergeben sich hauptsächlich aus der unglücklichen Fassung des § 419 BGB. Ihrem Grundgedanken nach läßt die Vorschrift dennoch eine befriedigende Lösung für den Ausgleich zwischen dem Sicherungsnehmer und den ungesicherten Gläubigern erkennen.

a) Dem Übernehmer steht für seine bei der Übernahme bestehenden Forderungen ein Vorwegbefriedigungsrecht an den übernommenen Gegenständen zu. Das folgt aus § 419 Abs. 2 S. 2 BGB. Danach finden für die Haftungsbeschränkung des Übernehmers die für die Haftung des Erben geltenden §§ 1990, 1991 BGB entsprechende Anwendung. Nach diesen Vorschriften kann ein Erbe, der seine Haftungsbeschränkung nicht durch Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs geltend machen kann, weil der Nachlaß nicht einmal die Kosten dieser Verfahren deckt, sich der weitergehenden Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten dadurch entziehen, daß er den Gläubigern zu ihrer Befriedigung den Nachlaß im Wege der Zwangsvollstreckung herausgibt (§ 1990 Abs. 1). Die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines Gläubigers wirkt einem anderen Gläubiger gegenüber wie die Befriedigung (§ 1991 Abs. 3). Der Erbe und der Vermögensübernehmer dürfen daher

---

1) Lange NJW 1950, 567; Westermann, Interessenkollisionen S. 25; Schlosser S. 32

den vollstreckenden Gläubigern gegenüber die Herausgabe derjenigen Gegenstände des Nachlasses oder des Vermögens verweigern, die sie zur tatsächlichen Befriedigung des mit einem rechtskräftigen Urteil ausgestatteten Gläubigers benötigen.[1] Da sich der Erbe und der Vermögensübernehmer wegen ihrer eigenen Forderungen, für die mit dem Nachlaß oder dem übernommenen Vermögen gehaftet wird, nicht verklagen und verurteilen lassen können, steht für diese Forderungen ein Vorwegbefriedigungsrecht zu.[2]

Aus der Verweisung des § 419 II auf §§ 1990, 1991 wird weiter gefolgert: Das Gesetz habe eine konkursmäßige, anteilige Befriedigung der Gläubiger nicht vorgesehen.[3] Der Vermögensübernehmer brauche deshalb auch bei Überschuldung des Vermögens keine Vermögensverwaltung (entsprechend der Nachlaßverwaltung) und keinen Konkurs zu beantragen. Das Vorwegbefriedigungsrecht stehe ihm deshalb auch bei Kenntnis der Unzulänglichkeit des Nachlasses zu.[4]

b) Aus § 419 BGB soll sich ergeben, daß das Gesetz in dieser Vorschrift zwar einen Zusammenhang zwischen den Schulden und dem Vermögen anerkenne, jedem Gläubiger aber zugestehe, das ihm Mögliche zu seiner Befriedigung oder Sicherung zu tun.[5] § 419 schließe deshalb für den Fall der Sicherung durch Übernahme des ganzen Vermögens Schadenersatzansprüche aus § 826 BGB aus. Diese Lösung sei zwar oft wegen des Vorwegbefriedigungsrechts unbefriedigend[6], aber nicht zu umgehen. Banken gäben zunächst vielfach ungesicherten Kredit und erst, wenn sich die Situation wider Erwarten zuungunsten des Schuldners ändere und neue Kredite erforderlich mache, würden umfangreiche Sicherungen verlangt und so dann das ganze noch freie Vermögen über-

---

1) RGRK-BGB (Johannsen) § 1991 Anm. 8
2) RG 12. 1. 1933 RGZ 139, 199, 202; RGRK-BGB (Johannsen) § 1990 Anm. 16, § 1991 Anm. 6; RGRK-BGB (Löscher) § 419 Anm. 24 mit Nachweis der Rechtsprechung; Soergel-Siebert-Ehardt-Eder § 1991 Anm. 5; Soergel-Siebert-Schmidt § 419 Anm. 13; Enneccerus-Kipp-Coing § 96 III 2 Fußnote 6; Erman-Westermann § 419 Anm. 11
3) Lange NJW 1950, 567; Barkhausen NJW 1956, 417; Westermann, Interessenkollisionen S. 25
4) RGRK-BGB 10. Aufl. (Oegg) § 419 Anm. 25
5) Westermann, Interessenkollisionen S. 25
6) Barkhausen NJW 1956, 417

nommen. Wegen des Vorwegbefriedigungsrechts für die alten Kredite bleibe für die übrigen Altgläubiger wenig oder gar nichts übrig.[1)]

Diese Gefahr ist besonders groß, weil nach der Rechtsprechung dem Darlehnsgläubiger (Sicherungsnehmer) auch für den zuletzt gewährten, mit dem letzten Vermögen gesicherten Kredit das Vorwegbefriedigungsrecht zusteht, wenn die Sicherung zwar schon im Kreditvertrag vereinbart, aber erst nach der Kreditgewährung bestellt worden ist.[2)] Nach dem Wortlaut des § 419 besteht die Haftung und damit auch das Vorwegbefriedigungsrecht nur für Forderungen, die bei Abschluß des schuldrechtlichen Vertrages begründet waren. (Durch "den Vertrag" kann nur die schuldrechtliche Verpflichtung zur Übernahme des ganzen Vermögens begründet werden. Die Übertragung selbst erfolgt durch mehrere Einzelverträge). Wenn aber eine lange Zeit zwischen der Verpflichtung und der Übertragung liege und es auf den Zeitpunkt der Verpflichtung ankomme, so könne das zu Unbilligkeiten und Mißbräuchen führen. Denn bis zur Übertragung seien noch alle Gläubiger des Veräußerers, auch die, welche erst nach dem schuldrechtlichen Vertrag Forderungen erworben hätten, zur Befriedigung aus dem Vermögen berechtigt. Diese Befriedigungsmöglichkeit solle ihnen aber durch § 419 erhalten bleiben[3)].

Interessenmäßig erscheint ein Unterschied zwischen dem Gläubiger, der zunächst ohne Deckung Kredit gewährt hat und erst später mißtrauisch wird und Sicherung verlangt, und demjenigen, der schon bei der Kreditgewährung Sicherungen erhalten hat, wenig gerechtfertigt.[4)]

c) Die Durchführung der Haftungsbeschränkungen in § 419 Abs. 2, die zu dem gläubigerschädigenden Vorwegbefriedigungsrecht führt, ist nur aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift zu erklären. In den Motiven zum BGB[5)] heißt es: Die Vorschrift (§ 419 Abs. 2 BGB) werde nicht zu Verwicklungen führen, weil der Erbschaftskauf abweichend geregelt sei und bei den anderen Verträgen das Vermögen die Schulden regelmäßig weit übersteigen werde. Bei der Frage, ob der Übernehmer entsprechend dem Wert des übernommenen Vermögens (pro viribus) oder mit dessen Bestand (cum viribus) haften solle, sind später aber

---

1) Schlosser S. 32
2) BGH 4. 2. 1954 LM § 3 AnfG Nr. 1 teils abgedruckt in JZ 1954, 387; BGH 21. 12. 1955 WM 1956, 283 f
3) RG 26. 9. 1930 RGZ 130, 34 ff, 37 f
4) Paulus JZ 1951, 687, 688
5) Mot. II 151 f = Mugdan II 83

auch die Fälle erörtert worden, in denen die Schulden größer sind als das Vermögen. Gegen die Haftung pro viribus wurde eingewandt[1]: Es wäre ungerecht, wenn der Übernehmer die Gläubiger in der Reihenfolge befriedigen könnte, in der sie sich meldeten. Es müßten konkursrechtliche Vorschriften angewendet werden. Bei der Haftung cum viribus könne die Haftungsbeschränkung leichter durchgeführt werden (zu ergänzen: weil das Vermögen als solches konkursmäßig verwertet werden kann). Allerdings seien auch hier Spezialbestimmungen erforderlich. Sie müßten ebenso ausgestaltet werden wie das Recht des Erben, bei Unzulänglichkeit des Nachlasses die Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten so weit zu verweigern, daß er nicht "über die Kräfte des Nachlasses hinaus aufzukommen" habe (sog. Inventarrecht).[2]

Der Erbe sollte die Beschränkung seiner Haftung zunächst auf zwei Arten geltend machen können: durch den Nachlaßkonkurs (§ 2110 E I) und durch die sog. Abzugseinrede (§ 2133 E I). Mit der Abzugseinrede konnte der Erbe nach Aufstellung eines Inventars die Befriedigung der Nachlaßgläubiger soweit verweigern, als sie im Nachlaßkonkurs mit ihren Forderungen ausfallen würden. Dagegen wurde jedoch geltend gemacht, der Entwurf mute dem Erben damit, daß er ihn verpflichte, die Gläubiger nach konkursmäßigen Gesichtspunkten zu befriedigen, eine Aufgabe zu, der er in der Regel nicht gewachsen sei. Die erforderlichen Rechtskenntnisse könne man nicht voraussetzen. Andererseits dürfe man jedenfalls nicht das gemeinrechtliche System der Befriedigung der Gläubiger nach dem Belieben des Erben ohne Beschränkung annehmen. Das System widerstrebe der Billigkeit und räume dem Zufall und der Willkür des Erben einen zu großen Spielraum ein.[3]

Die Abzugseinrede wurde deshalb später durch die Vorschriften über die Nachlaßverwaltung ersetzt. Sie blieb lediglich in der veränderten Form der "Erschöpfungseinrede" in wenigen Bestimmungen, unter anderem in denen über den dürftigen Nachlaß (§§ 1990 ff BGB), erhalten.[4] Der Erbe haftet nur mit dem Bestand der Erbschaft, ist zur konkursmäßigen Befriedigung aber weder verpflichtet noch berechtigt.

---

1) Prot. I 428 - 430 = Mugdan II 601 f
2) Mugdan V 324 = Mot. V 604; E I (1888) § 2092
3) Mugdan V 455 = Prot. V 800
4) Achilles-Greif BGB § 1975 Anm. 5; im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubigern wird nur mit den Gegenständen gehaftet, die zur Befriedigung anderer Gläubiger nicht erforderlich sind (§ 1973 BGB); ebenso den Gläubigern, die sich erst 5 Jahre nach dem Erbfall melden(§ 1974 BGB); entsprechendes gilt allen Gläubigern gegenüber nach Beendigung des Nachlaßkonkurses (§ 1989 BGB).

Wegen der Verantwortlichkeit bei der Verwaltung des dürftigen Nachlasses war in den entsprechend geänderten §§ 2133, 2133a[1] auf einen § 2112 verwiesen. Diese Vorschrift umfaßte im wesentlichen die späteren §§ 1978, 1979 und 1980 BGB und bestimmte in ihren Absätzen 3 und 4:

Unterläßt der Erbe, nachdem er von der Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten Kenntnis erlangt hat, unverzüglich den Antrag auf Eröffnung des Konkurses zu stellen, so hat er den Gläubigern den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen.

Die Kenntnis der Unzulänglichkeit steht der auf Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis gleich .. (= § 1980 BGB).

Für den Vermögensübernehmer wurde dann in § 362 E II bestimmt: Die Beschränkung der Haftung ist nach Maßgabe der §§ 2133 a vorzunehmen.[2]

Damit wurde dem Vermögensübernehmer die Pflicht auferlegt, bei Überschuldung des Vermögens (vgl. § 215 KO) den Konkurs zu beantragen. Das war konsequent. Die Beschlüsse zu §§ 1973, 1974, 1989 und 1990 BGB ergeben, daß nur ausnahmsweise und nur dort die nicht konkursmäßige Befriedigung erfolgen soll, wo der Nachlaß für die konkursmäßige Verteilung zu klein ist oder die Gläubiger die Möglichkeit einer konkursmäßigen Befriedigung nicht ausgenutzt haben. Beides ist bei § 419 BGB nicht der Fall.

Entsprechende Anwendung der §§ 1990, 1991 mußte also bedeuten, daß der Übernehmer im "Regelfall", d.h. wenn das übernommene Vermögen die Schulden bei weitem übersteigt,[3] und bei Dürftigkeit des übernommenen Vermögens den Gläubigern in der Reihenfolge, in der sie sich meldeten, das Vermögen zum Zweck der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben hatte, daß er aber sorgfältig auf die Überschuldung des Vermögens zu achten hatte und gegebenenfalls den Konkursantrag stellen mußte. Damit verlor er dann sein Vorwegbefriedigungsrecht.

Das brachte die Verweisung auf § 1980 klar genug zum Ausdruck. Sie wurde erst von der Reichstagskommission gestrichen.[4] Im Kommissionsbericht heißt es: Der § 1966 (= 1991

---

1) Mugdan V 454, 456 = Prot. V 798
2) Mugdan II 602; ausführlicher Prot. V 828
3) Mugdan II 83 = Mot. II 151 f
4) Bis dahin verwiesen die dem § 1991 BGB entsprechenden Bestimmungen auf die im BGB mit § 1980 bezeichnete Vorschrift:
Bundesratsvorlage §§ 413, 1968, 1955 - 1957
Reichstagsvorlage §§ 413, 1966, 1953 - 1955 (1955 = 1980 BGB).

BGB) regele den Fall näher, daß die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich sei oder aus diesem Grunde die Nachlaßverwaltung aufgehoben oder das Konkursverfahren eingestellt werde. Von einer Anwendung des § 1955 (= 1980 BGB) auf die Verantwortlichkeit des Erben könne da nicht die Rede sein. [1]

Daß das ein Irrtum war, ist für § 1991 BGB allgemein anerkannt. [2] Die Dürftigkeit des Nachlasses kann z.B. gerade durch das Verzögern des Konkursantrages eintreten. Auch in diesem Fall muß ein Schadenersatzanspruch bestehen.

d) Aus der mißverständlichen Fassung des § 1991 BGB sind für § 419 BGB keine Konsequenzen gezogen worden. Der Sonderkonkurs über ein übernommenes Vermögen wird zwar für zulässig gehalten. [3] Eine Pflicht des Übernehmers, bei Überschuldung des übernommenen Vermögens in entsprechender Anwendung des § 1980 BGB den Konkurs zu beantragen, wird aber nicht ausdrücklich gefordert. Erst diese Pflicht, deren Verletzung nach § 1980 zu Schadenersatzansprüchen der Gläubiger führen würde, würde dem Vorwegbefriedigungsrecht seine gläubigerschädigende Wirkung nehmen. Mit einer solchen Auslegung wäre jedoch für die Sicherungsübertragung des Vermögens nicht viel gewonnen. Ein Konkursgrund, der bei der Übernahme des Vermögens möglicherweise besteht, wird durch das neue gesicherte Darlehn oft beseitigt werden, weil der Schuldner ("Veräußerer") sein Geschäft zunächst weiterführen kann. Die Zahlungsunfähigkeit tritt erst später ein. Die Überschuldung kann bei der Sicherungsübertragung des Vermögens kein Konkursgrund sein, weil es sonst einem überschuldeten Schuldner trotz guter Sanierungsaussichten unmöglich gemacht würde, sein letztes Vermögen durch die Sicherungsübertragung zur Geldbeschaffung einzusetzen. Wenn aber später die Zahlungsunfähigkeit eintreten und der Sonderkonkurs eröffnet werden würde, so würde nach § 419 nur die Gläubiger am Konkurs teilnehmen, die schon zur Zeit der Übernahme Forderungen gegen den Veräußerer hatten. Diese zeitliche Zäsur zwischen Alt- und Neugläubigern ist bei den Ausgangsfällen des § 419 gerecht-

---

1) Mugdan V 884
2) Strohal § 81 Anm. 5; Staudinger-Lehmann § 1980, 14; § 1991, 2 mit Nachweisen
3) RGZ 84, 242; OLG Celle JW 1930, 1096; BGHZ 16, 184 ff, 187; Bendix JW 1930, 1096; Jaeger-Lent § 1 Anm. 66; Mentzel-Kuhn § 1 Anm. 8; RGRK-BGB (Löscher) § 419 Anm. 22

fertigt. Wird das Vermögen im vorweggenommenen Erbfall veräußert, so wird der Veräußerer regelmäßig zugleich seine werbende Tätigkeit als Hofinhaber oder Unternehmer einstellen. Auf jeden Fall finden seine Neugläubiger schon keine Deckung mehr vor.[1] Das trifft aber nicht zu, wenn wie bei der Sicherungsübereignung der zeitweilige Inhaberwechsel nach außen hin gar nicht hervortritt. Der Veräußerer verwaltet nach außen hin weiter "sein" Vermögen . Der sich aus § 419 ergebende Unterschied zwischen Alt- und Neugläubigern wird hier fragwürdig.[2] Selbst der Nachlaß haftet in gewissem Umfang für Verbindlichkeiten, die erst nach dem Erbfall bei seiner ordnungsgemäßen Verwaltung begründet werden.[3] Ohne Übernahme würde das Vermögen des Schuldners im Konkurs grundsätzlich allen Gläubigern gleichmäßig haften. Durch einen Vorgang, der regelmäßig nicht zur Kenntnis der Gläubiger gelangt und nach dem sie sich auch nicht zu erkundigen brauchen,[4] kann die Haftung nicht auf die Altgläubiger beschränkt werden.[5]

Die unmittelbare Anwendung des § 419 BGB auf die Sicherungsübertragung des Vermögens kann deshalb selbst bei Zulässigkeit des Sonderkonkurses und bei einer Pflicht des Übernehmers zum Konkursantrag (entsprechend § 1980 BGB) nicht zu befriedigenden Ergebnissen führen.

3.) Der Grundgedanke des § 419 BGB und die Rechtsprechung zu den Sicherungsverträgen

Die vorstehenden Ausführungen haben folgendes ergeben: § 419 BGB kann unmittelbar keinen Ausgleich zwischen den Interessen der ungesicherten Gläubiger und dem Kreditgeber, der sich das ganze Vermögen zur Sicherung übertragen läßt, schaffen. Die Vorschrift ist trotz ihrer allgemeinen Fassung nur auf bestimmte Sonderfälle (Vermögensschenkung, Alimentenvertrag) zugeschnitten. Sie kann besonders wegen der Zäsur, die sie zwischen

---

1) Paulus ZZP 64, 188
2) Paulus ZZP 64, 188; Boehmer, Grundlagen II 2 S. 154; Schlosser S. 33
3) BGH 10. 2. 1960 BGHZ 32, 60 ff, 64 mit Nachweisen
4) Vgl. oben 3. Teil II 3 a
5) Paulus ZZP 64, 188; Boehmer, Grundlagen II 2 S. 154

den Alt- und Neugläubigern macht, auf die andersartigen Fälle der Sicherungsübertragung weder unmittelbar noch analog angewendet werden. [1]

Die Vorschrift des § 419 enthält aber, wenn auch in verschleierter Form, einen anfechtungsrechtlichen Tatbestand, der durch die gegenständlich beschränkte Mithaftung des Übernehmers verhindern soll, daß das Vermögen als Haftungsobjekt in gläubigergefährdender Weise angetastet wird. Die Haftung des § 419 BGB folgt nicht aus dem Satz, die Schulden seien eine Last des Vermögens. Daraus folgt, daß zwar nicht jede Umsetzung des Vermögens in andere sichere Werte die Mithaftung auslöst. Wenn aber dem Übernehmer für ihn erkennbar im wesentlichen das ganze Vermögen des Veräußerers uäbertragen und dadurch die Sicherheit der Gläubiger beeinträchtigt wird, haftet der Übernehmer den Gläubigern des Veräußerers mit dem übernommenen Vermögen.

Diese anfechtungsrechtlichen Gedanken müssen bei dem Ausgleich der Interessen zwischen den ungesicherten Gläubigern und dem Sicherungsnehmer, dem das letzte freie Vermögen übertragen worden ist, berücksichtigt werden. Das Vorwegbefriedigungsrecht steht dem nicht entgegen. Die Gesetzesmaterialien zu § 419 Abs. 2 ergeben, daß der Gesetzgeber grundsätzlich von der Zulässigkeit eines Sonderkonkurses über das übernommene Vermö-

---

1) Paulus ZZP 64 S. 187. Der BGH hat sich den Ausführungen von Paulus vorsichtig angeschlossen (BGH 4. 2. 1954 LM § 3 AnfG Nr. 1; BGH 12. 11. 1958 WM 1958, 87; BGH 15. 6. 1962 WM 1962, 962 ff). In den zu beurteilenden Fällen war das ganze Vermögen wirksam zur Sicherung übertragen worden, weil trotz pflichtgemäßiger Aufmerksamkeit ein Schaden für die Gläubiger nicht vorauszusehen war. Damit wäre § 419 BGB gegeben gewesen. Der BGH hat es mit Hinweis auf die Ausführungen von Paulus offengelassen, ob der Kreditgeber (Vermögensübernehmer) nicht zu haften brauche, weil er das Vorwegbefriedigungsrecht habe oder weil § 419 gar nicht anwendbar sei. Die Gegenleistung (der Kredit) war gleichwertig und, wie der Kreditgeber annehmen durfte, für die Gläubiger gleich sicher wie das Vermögen gewesen. Der BGH hat allerdings das Vorwegbefriedigungsrecht auch für den gesicherten letzten Kredit zugestanden, weil die dingliche Übertragung der Kreditgewährung nachgefolgt war (vgl. oben 5. Teil B II 2 b). Wären jedoch die Sicherungen Zug um Zug gegen die Kreditgewährung bestellt worden, wäre dadurch eine andere Entscheidung nicht gerechtfertigt gewesen. Daran zeigt sich, daß § 419 BGB auf Sicherungsverträge nicht anwendbar ist und nur die §§ 138, 826 BGB zu richtigen Lösungen führen. Sind ihre Voraussetzungen nicht erfüllt, tritt keine Haftung des Übernehmers (Sicherungsnehmers) ein.

gen und von einer dem § 1980 BGB entsprechenden Pflicht des Übernehmers ausging, bei Überschuldung des Vermögens einen Konkursantrag zu stellen. Wenn derartige Bestimmungen unterblieben sind und lediglich auf die Vorschriften über den dürftigen Nachlaß verwiesen wurde, so ist das allenfalls damit zu erklären, daß bei den Ausgangsfällen der Vermögensschenkung und des Alimentenvertrages kein Bedürfnis für einen Sonderkonkurs bestand. Ein überschuldetes Vermögen wird kaum verschenkt oder gegen Leibrente übernommen. Aus der Regelung über das Vorwegbefriedigungsrecht kann deshalb nicht geschlossen werden, jedem Gläubiger werde durch § 419 BGB zugestanden, das ihm Mögliche zu seiner Befriedigung oder Sicherung zu tun. [1)]

Bei der Anwendung der Generalklauseln §§ 138, 826 BGB auf die Verträge, die von den Anfechtungsvorschriften der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes nicht berücksichtigt sind, muß auf den in § 419 BGB niedergelegten Grundsatz zurückgegriffen werden, daß derjenige, der erkennbar das Haftungsminimum des Schuldners antastet, sich der Haftung aussetzt. Dabei muß den Besonderheiten der Sicherungs- und Tilgungsverträge in folgender Weise Rechnung getragen werden:

a) Es muß stets ein subjektiver Tatbestand gefordert werden. Die Haftung des Übernehmers muß eintreten, wenn der Kreditgeber weiß oder grob fahrlässig nicht weiß, daß es sich bei den übernommenen Gegenständen um das letzte freie Vermögen handelt. Die Ausdehnung auf die grobe Fahrlässigkeit rechtfertigt sich aus den allgemeinen Anforderungen, die der Verkehr an die Sorgfalt des Erwerbers einer Sache stellt (§§ 932, 936 BGB).

b) Ein Vorwegbefriedigungsrecht des Erwerbers kann nur bestehen, wenn der Wert der übernommenen Gegenstände so gering ist, daß mit ihnen ein selbständiges Konkursverfahren nicht durchgeführt werden könnte. Mit der Übernahme der Gegenstände ist dann eine konkursmäßige Befriedigung anderer Gläubiger nicht vereitelt worden.

c) Der Übernehmer muß nicht nur den Alt-, sondern auch den Neugläubigern haften. Das ergibt sich daraus, daß die Haftung als "Anfechtbarkeit" im weiteren Sinne zu verstehen ist.

d) Die Haftung des Übernehmers muß ausgeschlossen sein, wenn unter Berücksichtigung des verbleibenden Vermögens und der Gegenleistung nicht zu erwarten ist, daß die Gläubiger des Veräußerers Schaden erleiden werden.

---

1) So Westermann, Interessenkollisionen S. 25; ähnlich Barkhausen NJW 1956, 417 § 419 BGB schließe für seinen Bereich § 826 BGB aus.

Die Rechtsprechung ist bei der Beurteilung von Verträgen, durch die das letzte Vermögen zur Sicherung oder Tilgung übertragen wird, im Rahmen der §§ 138, 826 BGB zu Entscheidungen gelangt, die den aus § 419 BGB entwickelten Gedanken entsprechen. Nach der Rechtsprechung[1] handelt ein Kreditgeber grundsätzlich sittenwidrig, wenn er weiß oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß er insbesondere auch durch Abtretungen künftiger Forderungen das letzte freie Vermögen des Schuldners an sich bringt. Er haftet nach §§ 138, 826 BGB den Gläubigern des Kreditnehmers. Schadenersatzansprüche entstehen auch und gerade für die Neugläubiger, die durch das Verhalten des Kreditgebers (Sicherungsnehmers) über die Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht worden sind. Eine Haftung tritt nur dann nicht ein, wenn der Kreditgeber auf Grund einer den Umständen nach gebotenen Prüfung berechtigte Gründe für die Annahme hatte, es werde schließlich kein Schaden für die Gläubiger eintreten. Die Rechtsprechung verhindert durch die Anwendung der §§ 138, 826 auf diese Fälle der "Vermögensübernahme", daß sich der Übernehmer auf ein Vorwegbefriedigungsrecht für seine Altforderung berufen kann.

III. § 850 h ZPO

Der Gedanke, die Gläubiger müßten gegen einen völligen Haftungsschwund beim Schuldner geschützt werden, auch wenn ihn der Schuldner nicht aus unlauteren Motiven oder unentgeltlich herbeigeführt habe, ist vom Gesetzgeber in § 850 h ZPO anerkannt worden. Zuwendungen, die der Arbeitgeber des Schuldners vertraglich einem Dritten - in Betracht kommen hauptsächlich Verwandte - zu erbringen hat, die aber nach Lage der Verhältnisse ganz oder teilweise als Vergütung für die geleistete Arbeit anzusehen sind, sind nach der genannten Vorschrift den Gläubigern des Arbeitnehmers gegenüber als Lohn- oder Gehaltsforderung des Arbeitnehmers anzusehen. Sie können deshalb auch von den Gläubigern gepfändet werden (§ 850 h Abs. 1: sog. Lohnschiebungsverträge). Ist eine unverhältnismäßig geringe Vergütung vereinbart, so gilt im Verhältnis des Gläubigers zum Arbeitgeber eine angemessene Vergütung als geschuldet (§ 850 h Abs. 2: sog. Verschleierung des Arbeitseinkommens).[2]

---

1) s. oben 4. Teil B III 2 d, 3
2) Rosenberg § 192 I 2 a D (S. 1016)

1.) Die Rechtslage vor der Einführung des § 850 h ZPO

Mit den Lohnschiebungs- und Lohnverschleierungsverträgen wurde der den Gläubigern zugängliche Anspruch des Schuldners aus einem Arbeitsverhältnis so niedrig gehalten, daß er unter der Pfändungsgrenze blieb. Solchen Abmachungen konnte vor der Einführung des § 850 h ZPO[1] nur schwer ihre gläubigerschädigende Wirkung genommen werden. Sie konnten ebenso wie die großen Sicherungsverträge weder unter die Anfechtungsregelung noch unter die Generalklauseln über sittenwidriges Verhalten (§§ 138, 826 BGB) gebracht werden.

Einem Anfechtungsanspruch gegen den Arbeitgeber oder den Dritten stellten sich folgende Schwierigkeiten entgegen:[2]
Die Anfechtungsregelung soll einen gläubigerschädigenden Vermögensschwund, also die Weggabe solcher Gegenstände verhindern, die dem Gläubigerzugriff offenstehen. Seine Arbeitskraft braucht der Schuldner aber nicht einzusetzen, er kann dazu auch nicht im Interesse der Gläubiger gezwungen werden. Daraus wurde gefolgert, wenn der Schuldner gar nicht zu arbeiten brauche, dann könne er auch unentgeltlich oder zugunsten eines Dritten arbeiten. Er verringere dadurch nicht sein Vermögen, sondern verzichte nur auf ein Entgelt, zu dessen Erwerb er nicht verpflichtet sei.[3]

Der Verzicht auf einen eigenen Lohn- oder Gehaltsanspruch konnte nur in wenigen Fällen als sittenwidrig angesehen werden. Da der Verzicht an sich nicht rechtswidrig oder anfechtbar war, meinte die Rechtsprechung, die Sittenwidrigkeit könne nur bei hinzutretenden besonderen Umständen angenommen werden, und zwar dann, wenn der einem Familienmitglied - regelmäßig der Ehefrau - auf diese Weise zugewendete Lohnanteil "das Maß dessen übersteigt, was zum Unterhalt des Dienstverpflichteten und seiner Familie bei einer bescheidenen, seinem Stande entsprechenden Lebensführung erforderlich sei."[4] Die Lohn-

---

1) durch Gesetz vom 24. 10. 1934 RGBl. I 1070; jedoch damals unter der Bezeichnung § 850 c ZPO
2) Nachweise bei Hueck-Nipperdey 3/5. Aufl. § 43 IV (S. 246, 247) und bei Schwister JW 1931, 2548 ff
3) Jaeger LZ 1911, 285 - 287; LZ 1914, 1065 ff, 1072 f
4) RAG 29. 7. 1929 Bensh. Bd. 6, 364 f mit Nachweisen der übereinstimmenden RG-Rechtsprechung

schiebungsverträge waren zunächst als nicht gegen die guten Sitten verstoßend anerkannt worden, weil nur sie eine Möglichkeit boten, die starre und nicht auf den Einzelfall abstellende Pfändungsgrenze (1.500,-- Mark)[1] dem Einzelfall anzugleichen. Aber auch nach Erlaß der Lohnpfändungsverordnung[2], die die Pfändungsgrenze nach den besonderen Verhältnissen des Schuldners, vor allem nach der Zahl seiner Angehörigen, unterschiedlich gestalte, blieb die Rechtsprechung auf dem Standpunkt, es sei nicht schlechthin jeder Vertrag sittenwidrig, der der Familie auch die pfändbare Vergütung ganz oder zum Teil, also mehr als den pfändungsfreien Betrag, erhalten sollte.[3]

Bei der Auslegung des Begriffs "Sittenwidrigkeit" ging die Rechtsprechung nicht von der positiv-rechtlich festgesetzten Grenze aus; danach sollte dem Schuldner im Interesse der Gläubiger nur ein notdürftiger Unterhalt bleiben. Man wäre dann zu ähnlichen Ergebnissen wie der spätere § 850 h ZPO gekommen.

2.) Grundgedanken des § 850 h ZPO und die Rechtsprechung zu den Sicherungsverträgen

Aus diesen Schwierigkeiten heraus wurde die Vorschrift des § 850 h ZPO geschaffen. Damit wurde der Gedanke anerkannt, der Schuldner dürfe mit seinem oft einzigen lohnenden Vollstreckungsobjekt, dem Gegenwert für die geleistete und die nach dem Dienstvertrag noch zu leistende Arbeit, nicht nach Belieben verfahren. Arbeitnehmer und Arbeitgeber können das Entgelt zwar frei vereinbaren, den Gläubigern des Arbeitnehmers gegenüber wird aber fingiert, diese Vereinbarung sei ohne die für die Gläubiger nachteilige Wirkung getroffen.

Die Rechtsprechung des BGH kommt durch die Anwendung der §§ 138, 826 BGB bei der Beurteilung von Verträgen, mit denen das letzte Vermögen, insbesondere auch künftige Forderungen, zur Sicherung oder Tilgung übertragen werden, zu Entscheidungen, die dem Grundsatz des § 850 h ZPO entsprechen. Sie überträgt im Ergebnis die Regelung,

---

1) § 850 ZPO i.d.Fassung des Gesetzes vom 17./20. März 1898 (RGBl. S. 369 ff, 401) in Verbindung mit § 4 Nr. 4 des Gesetzes, betreffend die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes, vom 21. Juni 1869 (BGBl. S. 242) in der Fassung des Art. III des Gesetzes vom 17. Mai 1898 (RGBl. S. 332); vgl. RG 3. März 1908 RGZ 69, 59 ff, 61

2) Verordnung über Lohnpfändung vom 25. Juni 1919 (RGBl. S. 589)

3) RAG Bensh. Bd. 6, 364; Bensh. Bd. 7, 314 f

die in § 850 h ZPO für die Arbeitnehmer getroffen ist, auf die Unternehmer. Sie sieht solche Verträge als gegen die guten Sitten verstoßend an, durch die einem im übrigen vermögenslosen Unternehmer sein wichtigstes Vollstreckungsobjekt, der aus seiner unternehmerischen Tätigkeit fließende Gewinn, zugunsten seines Gläubigers entzogen wird. Der Unternehmergewinn soll allen Gläubigern, den Alt- und den Neugläubigern, als Haftungsobjekt verbleiben. Wenn ein Kreditgeber einem Unternehmer, dessen ganzes Vermögen schon durch Sicherungen erfaßt ist, ein großes Vorhaben finanziert und sich zur Sicherung des Kredits alle künftigen Forderungen aus diesem Vorhaben (Werklohn- oder Kaufpreisforderungen) abtreten läßt, so werden dadurch die Altgläubiger des Unternehmers nicht betroffen. Ihre Stellung ist dieselbe, ob der Unternehmer das Vorhaben wegen des fehlenden Kredits nicht durchführen kann oder ob die Gewinne aus dem Vorhaben gänzlich einem anderen Gläubiger zufließen. Dennoch erklärt der BGH[1] eine solche Vereinbarung für sittenwidrig, wenn dem Schuldner unter Berücksichtigung seines noch freien Vermögens und des gewährten Kredits nur soviel verbleibt, daß er die Gläubiger befriedigen kann, die im Zusammenhang mit dem Vorhaben Forderungen erwerben. Er muß darüber hinaus in einem seinen Verhältnissen angemessenen Rahmen andere Schulden (hauptsächlich solche aus früherer Zeit) begleichen können. Die Sittenwidrigkeit ergibt sich daraus, daß der Schuldner mit seiner Arbeitskraft und seinem Unternehmen, den einzigen ihm noch verbleibenden Vermögenswerten, einen Gewinn erzielt, aber nichts davon behält. Die Rechtsprechung fordert also, daß dem Unternehmer im Interesse seiner Gläubiger ein Mindestanteil des von ihm erarbeiteten Unternehmergewinns zufließt.

§ 850 h II ZPO (Verschleierung des Arbeitseinkommens) wird entsprechend angewendet, wenn die Ehefrau nach dem Konkurs des Mannes ein bisher von ihm betriebenes Geschäft im alten Rahmen unter Leitung des Mannes, aber in ihrem Namen weiterführt. Forderungen der Ehefrau aus diesem Betrieb können dann für die alten Schulden des Mannes gepfändet werden.[2] Diese Forderungen sind eigentlich der Unternehmergewinn des Mannes.

Wenn der Schuldner seinen Betrieb selbst weiterführt, sein gesamter Gewinn aber einem anderen zufließt, kann das Ergebnis nicht anders sein.

---

1) vgl. oben 4. Teil B III 2 d
2) LG Mannheim 5. 10. 1953 MDR 1954, 178 f; Rosenberg § 192 I 2 a D (S. 1016)

An dieser Rechtsprechung des BGH zu §§ 138, 826 BGB zeigt sich erneut, daß bei der Auslegung des Begriffs "gute Sitten" vor allem von den Entscheidungen der positiven Rechtsordnung auszugehen ist, auch wenn sie nur in Sonderbestimmungen niedergelegt sind. Diese Grundsätze sind bei der Konkretisierung der guten Sitten im Einzelfall zu berücksichtigen, soweit das zur Findung einer gerechten Entscheidung erforderlich ist (vgl. oben 2. Teil). Bei den gläubigergefährdenden Sicherungs- und Tilgungsverträgen sind besonders die außerhalb der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes aufgestellten anfechtungsrechtlichen Grundsätze, die sich u.a. in den §§ 419 BGB, 850 h ZPO finden, zu beachten.

C. Unterstützung eines gefährdeten oder konkursreifen Unternehmens

I. Die Interessenlage

Wird ein konkursreifes oder ein gefährdetes Unternehmen durch Kredite unterstützt, so wird die Gefahr des Schadenseintritts zwar geringer. Eine Sanierung ist geplant und oft nicht unmöglich. Die Gefahr der Schadensauswirkung erhöht sich aber. Durch Unternehmensfortführung werden neue Gläubiger gefährdet; ohne den Sanierungskredit hätten sie mit dem Schuldner gar keine Verträge mehr geschlossen. Mit den neuen Gläubigern wächst auch die Schuldenlast, und dadurch verringert sich die Konkursquote der alten Gläubiger.

Die Tatsache, daß dem gefährdeten Unternehmen überhaupt noch Kredit gewährt wird, hat häufig seinen Grund in dem eigenen Interesse des Kreditgebers. Er will das Unternehmen erhalten, weil er nur so eine Chance hat, seine alten Kredite zu retten. Würde er die gesamte Summe sofort fordern, so würde es zum Konkurs kommen und der Kreditgeber mit einem Teil seiner Forderungen ausfallen. Mit dem Darlehnsvertrag werden also Ziele verfolgt, die über seinen Inhalt hinausgehen. Es soll nicht nur Geld angelegt werden, sondern der Unternehmer soll mehr oder weniger zur Fortführung des Unternehmens verpflichtet werden. Deshalb ist es dem Kreditgeber auch zuzumuten, für die Erhaltung des Unternehmens mehr einzusetzen als andere Gläubiger. Es erscheint unbillig, daß er seinem größeren Interesse dadurch gerecht zu werden sucht, daß er andere Gläubiger gefährdet, sich selbst aber der Gefahr entzieht.

II. Die vergleichbare Vorschrift des § 342 HGB

Einen Ausgleich zwischen ähnlichen Interessen schafft § 342 HGB:

" Ist auf Grund einer in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkurses zwischen dem Inhaber des Handelsgeschäfts und dem stillen Gesellschafter getroffenen Vereinbarung diesem die Einlage ganz oder teilweise zurückgewährt oder sein Anteil an dem entstandenen Verlust ganz oder teilweise erlassen worden, so kann die Rückgewähr oder der Erlaß von dem Konkursverwalter angefochten werden. Es begründet keinen Unterschied, ob die Rückgewähr oder der Erlaß unter Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hat oder nicht.

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung der Rückgewähr oder des Erlasses eingetreten sind.

Die Vorschriften der Konkursordnung über die Geltendmachung der Anfechtung und deren Wirkung finden Anwendung."

1.) Entstehungsgeschichte

Die Grundgedanken der Vorschrift sind aus dem heutigen Wortlaut nicht ohne weiteres zu erkennen. Die Entstehungsgeschichte gibt folgendes Bild:

§ 342 HGB entspricht im wesentlichen dem Art. 259 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (ADHGB). Dieses Gesetz wurde in den Jahren 1857 - 1861 durch eine nach Nürnberg berufene Konferenz ausgearbeitet und in den sechziger Jahren durch Partikulargesetze in fast ganz Deutschland eingeführt.[1)]

Nach den Konferenzprotokollen[2)] war man der Ansicht: Wenn sich jemand mit einer Vermögenseinlage an einem Handelsgeschäft gegen einen Anteil am Gewinn und Verlust beteilige, so müsse das aus einem in der Praxis aufs lebhafteste anerkannten Bedürfnis grundsätzlich - wie bei der Kommanditgesellschaft - durch die Firma und die Eintragung in ein Register dem Verkehr bekannt gemacht werden.[3)] Wenn man auf diese Erfordernisse bei der stillen Gesellschaft verzichte, müsse zugleich ein Mittel eingeführt werden, "um dem Übelstand vorzubeugen, daß die stillen Gesellschafter, nachdem sie dem Kaufmann durch ihre heimlichen Einschüsse glänzenden Kredit verschafft hätten, die Einschüsse zu einer

---

1) Düringer-Hachenburg Bd. I, Allgemeine Einleitung, A Anm. 1
2) J. v. Lutz, Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, Würzburg 1858 ff (im folgenden: Prot. ADHGB S...)
3) Prot. ADHGB S. 1096 f, 1158

Zeit, wo die Lage desselben im Stillen bedenklich zu werden anfange, im Einverständnis mit ihm ebenso heimlich zurückzögen". [1]

Es entspreche nicht den Ansichten der Kaufmannsschaft, daß der stille Gesellschafter mit seinem Kapital einerseits alle Chancen des Geschäfts ausnutze und die Möglichkeit bekomme, große Gewinne zu machen, aber andererseits seine Einlage nur in der Meinung leisten wolle, möglicherweise deren Verlust zu wagen, aber im übrigen sein Guthaben im gleichen Rang mit den übrigen Gläubigern zurückzufordern. [2] Nur wenn der stille Gesellschafter an dem von ihm erweckten Schein im letzten Jahr vor dem Konkurs nichts mit Wirkung gegen die Gläubiger ändern könne, könne er durch die Rücknahme seiner Einlage die Gläubiger nicht ungerechtfertigt über den Kredit täuschen. [3]

Deshalb war in Art. 243 des Redaktionsentwurfes [4] vorgesehen, daß der stille Gesellschafter im Konkurs des Geschäftsinhabers erst nach allen anderen Gläubigern befriedigt werden solle. Außerdem hatte er auch die noch rückständige oder die im letzten Jahr zurückgezahlte oder erlassene Einlage an die Konkursmasse zu zahlen. Dieser Verpflichtung sollte er sich durch einen Gegenbeweis entziehen können, der dem des heutigen § 342 Abs. 2 HGB entsprach. Man meinte also, schon die Kreditgewährung oder das Kreditversprechen und der dadurch erweckte Schein zusammen mit dem eigenen Interesse des stillen Gesellschafters an diesem Zustand wirke wie eine Garantie. Aus dem Gesichtspunkt der Kredittäuschung heraus sollte es verhindert werden, daß sich der Geldgeber zur Unzeit zurückziehe .

Dagegen wurden aber konstruktive und theorethische Bedenken geltend gemacht. Ein Schuldverhältnis zwischen dem stillen Gesellschafter und den Gläubigern des Geschäftsinhabers, das eine so weitgehende Haftung begründen könne, liege nicht vor. Ebenso wenig wie bei der Hingabe eines einfachen Darlehns gebe der stille Gesellschafter eine Erklärung ab, für die Schulden des Sozius haften zu wollen. Nur eine solche Erklärung könne aber den Kredit des Unternehmens erhöhen. [5] Auch beim Darlehen könne der Zins-

---

1) Prot. ADHBG S. 1159
2) Prot. ADHGB S. 4550
3) Prot. ADHGB S. 1159
4) Prot. ADHGB Beilage-Bd. Theil I (nach S. 1471) - 1858 - S. 207 ff, 249
5) Prot. ADHGB S. 4549 - 50

satz dem zu erwartenden Gewinn angeglichen werden, eine unterschiedliche Haftung der Geldgeber sei dann nicht gerechtfertigt.[1] Eine Anfechtung könne nur in Betracht kommen, wenn entweder eine wirkliche Schuld, nämlich der Verlustanteil, erlassen oder das Guthaben aus der bereits geleisteten Einlage zurückgezahlt worden sei. Dagegen könne die Leistung der rückständigen Einlage nicht verlangt werden.[2]

Deshalb wurde in der 3. Lesung beschlossen, der stille Gesellschafter könne die Einlage als gleichberechtigter Konkursgläubiger zurückfordern, soweit sie seinen Verlustanteil übersteige.
Das Anfechtungsrecht wurde auf Fälle begrenzt, in denen der Erlaß des Verlustanteils oder die Rückzahlung der Einlage auf einer Vereinbarung der Gesellschafter im letzten Jahr vor der Konkurseröffnung beruht.[3] Dieser Beschluß wurde Gesetz (Art. 258, 259 ADHGB, §§ 341, 342 HGB).

2.) Grundgedanken des § 342 HGB

a) Aus diesem Umschwung bei den Beratungen zum ADHGB wird gefolgert: Die Autoren des Gesetzwerkes hätten den Gedanken aufgegeben, der stille Gesellschafter sei aus dem Gesichtspunkt der Kredittäuschung heraus innerhalb eines Jahres grundsätzlich am Konkursrisiko zu beteiligen. Sie hätten später die Norm auf eine vermutete Gläubigerbenachteiligung gestützt. Man sei davon ausgegangen, daß die schlechte Lage dem stillen Gesellschafter frühzeitig erkennbar sei und daß er sich deshalb zurückziehe. Nur so sei es zu erklären, daß lediglich die Rückzahlung auf Grund einer Vereinbarung anfechtbar sei, nicht aber auch die Rückzahlung auf Grund gesetzlicher Vorschriften oder auf Grund des Gesellschaftsvertrages. Bei einer grundsätzlichen Risikobeteiligung müßten - wie noch in der 2. Lesung - alle diese Fälle gleich behandelt werden.[4]

---

1) Prot. ADHGB S. 1177, 4549
2) Prot. ADHGB S. 4549
3) Prot. ADHGB Beilage-Bd. II.Teil (1861) S.51
4) Koenigs S. 319, Anm. 201

Deshalb wird auch heute meistens das größere Informationsrecht des stillen Gesellschafters (§ 338 HGB) als Grundlage des § 342 hingestellt.[1] Der stille Gesellschafter könne frühzeitig die Verschlechterung der Verhältnisse erkennen und sich dann vor Verlusten schützen.

Diese Ansicht ist bedenklich. § 338 gestattet dem stillen Gesellschafter, die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und die Richtigkeit an Hand der Bücher und Papiere des Geschäftsinhabers zu überprüfen. Ein außerordentliches Überwachungsrecht steht ihm ferner zu, "wenn wichtige Gründe vorliegen" (§ 338 Abs. 2 HGB). Das Gericht kann in diesem Fall auf Antrag des stillen Gesellschafters jeder Zeit die Mitteilung der Bilanz oder sonstige Aufklärung anordnen. Diese Rechte werden häufig nicht zur rechtzeitigen und ausdrücklichen Warnung des stillen Gesellschafters ausreichen.[2] Auch von den Mitgliedern der Nürnberger Kommission, die für die dem heutigen § 342 HGB entsprechende Fassung eintraten, wurde geltend gemacht, man könne den stillen Gesellschafter nicht ohne weiteres für "fraudis suspectus" halten.[3]

---

1) Schlegelb.-Geßler § 342, 1;
RGRK-HGB (Weipert) § 342,1; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 342,1; Paulick § 17 III 2 S. 236. Aus dieser Grundauffassung werden weitere Folgerungen gezogen: Rechtsprechung und Lehre sindsich darüber einig, daß die Bestellung von Pfandrechten und Hypotheken sowie Sicherungsübereignungen für den Rückzahlungsanspruch als Rückgewähr i.S. v. § 342 anzusehen sind (Schlegelb.-Geßler § 342,5 mit Nachweisen; so auch schon zu Art. 259 ADHGB das Reichsoberhandelsgericht, 16. Juni 1874, ROHG Bd. 14, 93).
Da § 342 aber von der Vermutung ausgehe, daß die Vereinbarung im letzten Jahr vor der Konkurseröffnung den Gläubigern die Einlage entziehe, die ihrem Zugriff schon offen stand, seien nur die Sicherungsbestellungen anfechtbar, die auf Grund nachträglicher Vereinbarungen und nicht schon auf Grund des Gesellschaftsvertrages zu gewähren seien; denn zum Abschluß einer stillen Gesellschaft und damit zur Zahlung der Einlage sei niemand verpflichtet. Tue er es dennoch, aber nur gegen Sicherheitsleistung, so bleibe das Vermögen des Schuldners gleich, da es durch die Einlage ebenso vermehrt wie durch die Sicherheit verringert werde. Von einem Entzug der Einlage könne man deshalb nicht sprechen (RGZ 84, 434; Schlegelb.-Geßler § 342,3; ROHG 14, S. 92 ff).

2) Koenigs S. 345 bes. Anm. 25

3) Prot. ADHGB S. 1177

Folgerichtig gestattet § 342 Abs. 2 HGB auch nicht den Gegenbeweis, der Konkurs sei zur Zeit der Vereinbarung noch nicht vorausehbar gewesen. Die Vorschrift stellt vielmehr auf objektive Umstände ab. Wenn die Anfechtung ausgeschlossen sein soll, muß der Konkurs auf Umständen beruhen, die erst nach der Vereinbarung eingetreten sind. Solche späteren Ereignisse können z.B. das Mißlingen eines erst später eingeleiteten Geschäfts, der Ausbruch eines Krieges oder der Zusammenbruch eines Großkunden sein. Hätte aber trotz solcher Vorkommnisse der Konkurs ohne Rückzahlung oder ohne Erlaß des Verlustanteils vermieden werden können, so ist nicht nur das spätere Ereignis der Konkursgrund; eine Anfechtung ist möglich.[1] Die Rückgewähr der Einlage darf selbst nicht mitursächlich für den Konkurs sein. Damit wird deutlich, daß es sich hier um die Präsumtion eines dolosen oder fahrlässigen Verhaltens handelt.[2] Auch wenn sich der stille Gesellschafter bei guten Geschäftsaussichten zurückzieht, weil er sein Geld anderweitig benötigt, unterliegt die Rückzahlung doch der Anfechtung, wenn - vorhersehbar oder nicht vorhersehbar - ein späterer Konkurs ohne sie hätte vermieden werden können.

b) § 342 HGB bürdet also - auch in seiner heutigen Fassung - dem stillen Gesellschafter weitgehend das Konkursrisiko innerhalb eines Jahres auf,[3] und zwar in einem Maße, das durch den vermuteten Vorwurf einer beabsichtigten Gläubigerbenachteiligung allein nicht gerechtfertigt werden kann.

Es mag sein, daß sich die Autoren des ADHGB wegen der dogmatischen Schwierigkeiten bei der Begründung einer so weitgehenden Haftung schließlich nach der Konstruktion der Absichtsanfechtung richteten und deshalb meinten, nicht jede Rückzahlung, sondern nur eine auf Grund einer nachträglichen Vereinbarung könne anfechtbar sein. Nur durch solche Vereinbarungen könne den Gläubigern absichtlich etwas entzogen werden, was

---

1) ROHG 14, 92 ff, 95; RG JW 1900, 621 f; RGRK-HGB (Weipert) § 342, 15; Schlegelb.-Geßler § 342, 13; Ritter § 342, 3; Koenigs S. 348; Paulick § 17 III 3 d

2) ROHG 14, 95; ebenso ausdrücklich RG JW 1900, 621 f (im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Vereinbarung gem. § 342 HGB eine unerlaubte Handlung i.S.v. § 32 ZPO ist).

3) RG JW 1900, 621 f; Koenigs S. 348

ihrem Zugriff schon offengestanden habe.[1] In den Materialien zum ADHGB heißt es aber lediglich:[2] Die Verpflichtung des stillen Gesellschafters zur Rückzahlung an die Konkursmasse mit dem Ziel, daß er die Konkursgefahr zusammen mit den übrigen Gläubigern trage, sei ohne Rücksicht auf die rechtliche Begründung des Anspruchs auf Rückzahlung dadurch gerechtfertigt, daß der stille Gesellschafter durch die Verausgabung eines Betrages aus dem Vermögen des Gemeinschuldners zum Nachteil anderer Gläubiger begünstigt werde. Diese Worte können als Hinweis darauf gedeutet werden, daß hier ein der Absichtsanfechtung ähnlicher Fall vorliegt. Auf diese Feststellung legte man aber keinen entscheidenden Wert.[3] Der nur auf objektive Umstände abstellende Gegenbeweis in § 342 Abs. 2 HGB wurde trotz der Einschränkung des Anfechtungsrechts in der 3. Lesung nicht geändert.[4] Man wollte ohne Rücksicht auf die rechtliche Begründung eine Benachteiligung der Gläubiger vermeiden, soweit dies trotz der dogmatischen Schwierigkeiten tragbar erschien. Deshalb erkannte man aus einem nicht näher begründeten praktischen Bedürfnis an, daß der stille Gesellschafter und der Geschäftsinhaber zu einer gläubigerschädigenden Vereinbarung auch dann nicht berechtigt seien, wenn sie weder dolos noch fahrlässig handelten.

Der eigentliche Grund der Vorschrift war also nach wie vor folgender: Es entsprach nicht den Ansichten der Kaufmannschaft, daß der stille Gesellschafter mit seinem Kapital alle Gewinnchancen des Geschäfts ausnutzen konnte, aber andererseits nur im gleichen Rang mit den anderen Gläubigern zu haften brauchte.[5] Interesse und Haftung mußten aufeinander abgestimmt werden. So deuten auch die Materialien zur Konkursordnung[6] und

---

1) So erklärt Koenigs S. 319 Anm. 201 die Einfügung der Worte "durch Vereinbarung" während der 3. Lesung des Gesetzes.
2) Prot. ADHGB S. 4555
3) So deutete das Reichsoberhandelsgericht die Entstehungsgeschichte; ROHG Bd. 14, 95: Die wiederholte Betonung des Umstandes in den Protokollen, daß nicht heimlich und intempestiv die Einlage zurückgezahlt werden solle, während das Publikum ihr Vorhandensein noch voraussetzt und daraufhin Kredit gewährt ..., beweist jedenfalls, daß jenes Motiv (erg.: Präsumtion der Gläubigerbenachteiligung) nicht das ausschließliche gewesen sein kann.
4) Prot. ADHGB Beilage II. Teil (1861) S. 51: Art. 259 IV
5) Prot. ADHGB S. 4550
6) Hahn, Materialien zur KO S. 409

zum Handelsgesetzbuch[1] das besondere Anfechtungsrecht des heutigen § 342 HGB. Die Konkursordnung habe sich zwar grundsätzlich gegen eine lange Anfechtungsfrist ausgesprochen,[2] bei Art. 259 ADHGB rechtfertige sie sich jedoch aus dem "eigentümlichen gesellschaftlichen Element" des Verhältnisses zwischen einem stillen Gesellschafter und dem Geschäftsinhaber.[3] Die Vorschrift sei nicht überflüssig geworden.

"Wenn gleich die Einlage des stillen Gesellschafters nicht in der Weise wie diejenige des Kommanditisten im Interesse der Gläubiger gebunden ist, so erscheint es doch gerechtfertigt, einer Herausziehung derselben aus dem Geschäfte, die zu einer Zeit geschieht, in der die Ursachen des späteren Vermögensverfalles schon vorliegen, durch besondere Maßnahmen entgegenzutreten".[4]

Obwohl also der stille Gesellschafter nicht wie der Kommanditist durch Bekanntgabe seiner Einlage eine Garantie für die Leistungs- und Zahlungsfähigkeit des Unternehmens übernimmt, bürdet § 342 HGB ihm doch eine ähnliche, wenn auch weniger weitgehende Haftung auf, weil er ähnliche Vorteile genießt wie ein Kommanditist.[5]

---

1) Hahn-Mugdan Bd. VI S. 345 f
2) vgl. Hahn, Materialien zur KO S. 118
3) Hahn, Materialien zur KO S. 409; ähnlich heute Koenigs S. 346
4) Hahn-Mugdan Bd. VI S. 346
5) Jaeger (Lehrbuch des deutschen Konkursrechts § 22 IV) und Paulick (§ 17 III 2 S. 236) sprechen bei § 342 von Garantiehaftung. Da sich eine Garantie aber nur aus § 341 I HGB für den übernommenen Verlustanteil ergebe, sei trotz der uneingeschränkten Fassung des § 342 I die Rückgewähr des den Verlustanteil übersteigenden Einlagewertes als Befriedigung eines Konkursgläubigers lediglich nach §§ 30, 31 KO anfechtbar.

Beide Autoren lesen § 342 also als eine Fortsetzung des § 341. Während § 341 die Einzahlung des noch rückständigen Verlustanteils behandele, betreffe § 342 die Zahlung des erlassenen oder schon zurückgezahlten Anteils am Verlust. Beide Autoren geben aber zu, daß eine solche Einschränkung nicht aus dem Wortlaut ("die Rückgewähr der Einlage kann angefochten werden") folgt. Die Norm ist ganz bewußt so weit gefaßt worden. Der stille Gesellschafter sollte zwar nicht mit seiner ganzen geleisteten Einlage den Gläubigern haften (Prot. ADHGB S. 4548), er sollte aber doch die ganze Einlage zurückzahlen, damit er das Konkursrisiko zusammen mit den übrigen Gläubigern trage (Prot. ADHGB S. 4555) und auf sein Guthaben den gleichen Prozentverlust erleide wie sie (Prot. ADHGB S. 4549). Es wird deshalb heute ganz überwiegend angenommen, das Anfechtungsrecht bestehe auch, wenn eine Verlustbeteiligung im Gesellschaftsvertrag gar nicht vorgesehen sei (RGRK-HGB Weipert § 342, 7 a.E.; Schlegelb.-Geßler § 342, 3; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 342, 3; Koenigs S. 314).
§ 342 bürdet dem stillen Gesellschafter also über den Rahmen des § 341 hinaus selbständig ein Risiko auf. Es ist deshalb bedenklich, die Worte "auf Grund einer ...

Aus denselben Gründen ist es gerechtfertigt, dem eigennützigen Kreditgeber wegen seines größeren Interesses am Unternehmen durch die Aufstellung einer größeren Prüfungspflicht auch ein größeres Risiko zu übertragen (vgl. 4. Teil B III 3).

D. Sittenwidrige Ausnutzung wirtschaftlicher Machtstellung

Wenn sich der Schuldner wegen der hohen Forderungen des Kreditgebers einem Sicherungsverlangen des Kreditgebers nicht widersetzen kann, ist ein so zustandegekommener Sicherungsvertrag nach der Rechtsprechung des BGH sittenwidrig, wenn der Kreditgeber nicht überzeugt sein durfte, es werde letztlich niemand geschädigt werden (sog. sittenwidrige Ausübung einer wirtschaftlichen Machtstellung).

Der Verstoß gegen die guten Sitten ist zunächst darin zu sehen, daß ohne den Willen des Schuldners in das Haftungsobjekt eingegriffen wird, daß also auch ein redlicher Schuldner nicht für die gerechte Verteilung seines Vermögens sorgen kann. Eine Absichtsanfechtung ist schon deshalb unmöglich, weil sich ein etwaiger Benachteiligungswille des Schuldners wegen des zwingenden Sicherungsverlangens des Kreditgebers gar nicht mit auswirken kann. Dieser Umstand allein würde aber nur eine Änderung der Anfechtungsvorschriften dahin rechtfertigen, daß der Sicherungsnehmer (Kreditgeber) nachweisen müßte, er habe ohne die Absicht gehandelt, andere Gläubiger zu benachteiligen, er habe sich also nicht "unlauter" eine Sicherung oder Befriedigung vor den anderen Gläubigern verschaffen wollen. Nach der BGH-Rechtsprechung führt aber schon die Verletzung der nach den Umständen gebotenen Prüfungspflicht zur Sittenwidrigkeit. Das ist weniger als der Wille zur Gläubigerbenachteiligung, es kann die Folge einer leichtfertigen Geschäftsführung sein.

---

5) Fortsetzung zu Seite 115
zwischen dem Inhaber des Handelsgeschäfts und dem stillen Gesellschafter getroffenen Vereinbarung" mit der h.M. auf die nachträgliche Vereinbarung zu beschränken und die Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag nicht einzubeziehen. Der eigentliche Grund der Vorschrift ist nach wie vor das größere Interesse des stillen Gesellschafters an dem Unternehmen und die dadurch wachsende Kreditwürdigkeit. § 342 ist deshalb auch keine dispositive Norm (Schlegelb.-Geßler § 342, 1). Es besteht kein Grund, dem stillen Gesellschafter die Möglichkeit zu eröffnen, dieses erweiterte Risiko schon im Gesellschaftsvertrag auszuschließen.

Die von der h.M. vorgenommene Einschränkung läßt sich aber evtl. damit rechtfertigen, daß § 342 auf einem Kompromiß beruht.

Der zweite und wichtigere Grund, der die Sicherungsbestellung auf Grund wirtschaftlicher Machtstellung als Verstoß gegen die guten Sitten erscheinen läßt, besteht darin: Wenn der Kreditgeber, der eine wirtschaftliche Machtstellung über das Unternehmen hat, dem Schuldner nur gegen Sicherungsbestellung alte Kredite beläßt oder neue gewährt, so tut er das regelmäßig, um das Unternehmen aus eigennützigen Gründen, nämlich zur Rettung seiner investierten Gelder, weiterbestehen zu lassen und um den wirtschaftlichen Todeskampf zu verlängern. Es handelt sich um einen besonderen Fall der Beteiligung an einem gefährdeten Unternehmen.

E. Gemeinsames zu A - D:
Vernachlässigung der Prüfungspflicht

Nach der Rechtsprechung des BGH genügt die objektive Gläubigergefährdung durch einen Sicherungs- oder Tilgungsvertrag nie, um zu einem Verstoß gegen die guten Sitten zu führen. Es muß ein weiterer Umstand hinzutreten. Der Kreditgeber, der Sicherungen oder Tilgung durch Vorausabtretungen fordert, muß es unterlassen haben, die Lage des Unternehmens in einer den Verhältnissen des Falles angemessenen Weise geprüft zu haben.[1] Auch diese Prüfungspflicht findet eine Parallele in der positiven Rechtsordnung, allerdings nicht, wenn man von der herkömmlichen Deutung dieser Pflicht ausgeht.

Die Rechtsprechung sieht in dem Verstoß gegen die Prüfungspflicht ohne nähere Begründung eine zur Sittenwidrigkeit führende Rücksichtslosigkeit.

1. Die Prüfungspflicht als Unterfall der allgemeinen Pflicht zur Gefahrenabwehr aus vorausgegangenem Tun?

Im Schrifttum wird die Ansicht vertreten, bei größeren Sicherungsverträgen gründe sich die Prüfungspflicht auf den von der Rechtsprechung und der Lehre zu § 823 Abs. 1 BGB entwickelten Rechtssatz, daß derjenige, der eine Gefahrenquelle schafft, verpflichtet ist, die zur Abwendung der Gefahren erforderlichen Vorkehrungen zu treffen.[2] Die Fälle,

---

1) vgl. oben 4. Teil B III 3
2) Wegerhoff, Der Betrieb 1955 S. 549 unter 3)

für die die Rechtsprechung diesen Satz herausgebildet hat, unterscheiden sich aber wesentlich von den hier vorliegenden. Es handelt sich dort um die Abwehr von Gefahren, die von Sachen ausgehen, nicht um die Gefährdung durch einen falschen Schein. Wer ein Grundstück für den Verkehr öffnet, dem obliegt die Pflicht, diesen Verkehr gegen Gefahren abzusichern.[1] Wer Sachen, z.B. Eisenbahnwagen, in den Verkehr bringt, ist verpflichtet, sie so in Stand zu halten, daß andere, die in ihren Gefahrenkreis kommen, nicht geschädigt werden.[2]

Daraus folgert Schlosser,[3] daß die von der Rechtsprechung im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB entwickelte Verkehrssicherungs- und Verkehrspflicht nicht auf andere Gefahren, die zur Schädigung nach § 826 BGB führen können, ausgedehnt werden dürfe. Er meint aber, die Prüfungspflicht des Sicherungsnehmers sei der von der Rechtsprechung aufgestellten Pflicht zur Gefahrenabwehr jedenfalls insoweit ähnlich, als sich auch hier die Rechtspflicht zum Handeln aus einem gefährlichen Tun ergebe. Der Sicherungsnehmer schaffe dadurch eine gefährliche Lage, daß er sich erhebliche Vermögenswerte des Sicherungsgebers zuordne, ohne daß dieser Vorgang nach außen hin erkennbar werde. Er sei deshalb verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Schädigung anderer ungesicherter Gläubiger zu verhindern. Das könne durch die Prüfung der Vermögensverhältnisse des Sicherungsgebers geschehen, weil sie den Sicherungsnehmer erkennen lasse, in welchem Umfang dem Schuldner freies Vermögen verbleibe.[4]

II. Besonderheiten der Prüfungspflicht

Diese Begründung ist fraglich. Der Unterschied zwischen der allgemeinen Pflicht zur Gefahrenabwehr und der Prüfungspflicht des Sicherungsnehmers besteht nicht nur darin, daß die Gefahr einmal von einer Sache, andererseits aber von dem falschen Schein der Kreditwürdigkeit ausgeht. Unterschiedlich ist vielmehr der Inhalt der Pflichten. Wird ein Grundstück für den Verkehr geöffnet oder eine Sache in den Verkehr gestellt, so sind das

---

1) BGH 15. Juni 1954 BGHZ 14, 83 ff (85)
2) BGH 13. Mai 1955 BGHZ 17, 215, 219
3) Schlosser S. 46, 47; ähnlich Westermann, Interessenkollisionen S. 36, 38
4) Schlosser S. 47, 48

an sich erlaubte Handlungen. Es entsteht lediglich die Pflicht, diejenigen Gefahren abzuwenden, die damit verbunden sind. Wenn aber durch eine weitgehende Sicherungsübertragung ein falscher Schein der Kreditwürdigkeit erweckt wird, so können die daraus entstehenden Gefahren durch eine vorherige sorgfältige Prüfung zwar erkannt, nicht aber gebannt werden. Das könnte nur durch eine allgemeine Kenntlichmachung der wahren Kredit- und Vermögenslage des Schuldners geschehen; diese Forderung ist aber praktisch nicht zu verwirklichen.[1] Ist der Sicherungsnehmer der Prüfungspflicht nachgekommen, so steht er also nur vor der Entscheidung, ob er die gefährliche Sicherung vornehmen darf oder auf sie verzichten soll.

III. Die Prüfungspflicht als Verschärfung der Haftung durch Umkehr der Beweislast

Die Prüfungspflicht folgt also nicht aus gefährlichem Tun. Ist die gefährliche Sicherung erst einmal vorgenommen, nützt die Prüfung nichts mehr. Es geht vielmehr um die Forderung, sich vor der Bestellung der Sicherheiten von ihrer Ungefährlichkeit zu überzeugen. Von den Parteien wird dabei ein Höchstmaß an Sorgfalt verlangt. Nur wenn der Schadenseintritt trotz einer angemessenen Prüfung nicht voraussehbar ist, kann die Sicherung ohne Verstoß gegen die guten Sitten bestellt werden.

1.) Schadenersatzpflicht aus § 826 BGB infolge gewissenlosen Verhaltens

Bei § 826 BGB sind die Prüfungsanforderungen in der Regel viel geringer. Der Schädiger haftet nur bei vorsätzlicher Schadenszufügung. Da sich bei § 826 aber der Vorsatz nur auf den Schadenseintritt, nicht auch auf die Sittenwidrigkeit zu beziehen braucht[2] - sonst würden gerade gewissenlose Schädiger nicht zu haften brauchen - kann unter Umständen schon die Verletzung einer Sorgfaltspflicht zur Sittenwidrigkeit führen. Wenn z.B. ein Arzt den Verwandten eines Patienten zu dessen Entmündigung wegen Geisteskrankheit rät, weiß er, daß er damit schwere Eingriffe in die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse vornimmt. Falls er seine Diagnose ohne genügende Anhaltspunkte, die ihn zu solcher Auffassung berechtigen, abgibt, so liegt in diesem fahrlässigen Verhalten zugleich ein Ver-

---

1) vgl. 3. Teil II 3 a am Ende
2) für alle: RGRK-RGB (Haager) § 826, 11 mit Nachweisen; Enneccerus-Lehmann § 236 II 3 c

stoß gegen die guten Sitten.[1] Auch in anderen Fällen kann der Handelnde sich der Möglichkeit des Eintritts einer Vermögensschädigung bewußt sein und somit einen bedingten Vorsatz haben, sein Verhalten aber aus Gewissenlosigkeit, d.h. aus grober Fahrlässigkeit[2], für zulässig halten. Er ist sich dann der sittenwidrigen Schadensverursachung nicht bewußt, kann aber dennoch nach § 826 BGB in Anspruch genommen werden. Ein Sachverständiger muß z.B. wegen Verstoßes gegen die guten Sitten Schadenersatz leisten, wenn er ein Gutachten, von dem er weiß, daß es sich für einen anderen ungünstig auswirkt, ohne die durch seinen Beruf geforderte Sorgfalt abgibt.[3]

2.) Die Situation bei großen Sicherungsverträgen

Bei großen Sicherungsbestellungen liegt es ähnlich. Sicherungen können zwar verlangt werden, um die Forderung gegen einen zahlungsfähigen, aber unzuverlässigen und zahlungsunwilligen Schuldner besser durchsetzen zu können. Einem solchen Schuldner wird man in der Regel aber schon gar keinen Kredit gewähren. In ihrem Wesen ist deshalb jede Sicherung auf die Insolvenz[4] abgestellt. Bei einigermaßen großen Sicherungsobjekten besteht immer die Gefahr der Gläubigerschädigung.[5] Der Kreditgeber sichert sich gerade, weil er in der kritischen Lage gegenüber anderen Gläubigern im Vorteil sein will. Er weiß also um die möglicherweise schädlichen Auswirkungen und nimmt sie in Kauf.[6]

Die Pflicht zur sorgfältigen Prüfung, ob diese Gefährdung das erträgliche Maß übersteigt, ergibt sich aber nicht aus einer besonderen beruflichen Sorgfaltspflicht, wie sie z.B. den Banken obliegen könnte[7]. Sie folgt vielmehr aus der besonderen Gefährlichkeit der Verträge, die zur Übernahme des ganzen oder des letzten freien Vermögens und zur Sicherung aus eigennützigen, über den Zweck der Geldhingabe hinausgehenden Gründen geschlossen werden.

1) RG 15. 11. 1909 RGZ 72, 175 f
2) RG 24. 10. 1935 HRR 1936 Nr. 191
3) BGH 13. 7. 1956 LM § 826 BGB (Gb)Nr. 4 = MDR 1957, 29; BGH 28.6.1966 VersR 1966, 1032 f; RGRK-BGB (Haager) § 826 Anm. 13
4) Flume NJW 1950, 841 ff, 845
5) Meyer-Cording JZ 1953, 666 (Anm. zu BGHZ 10, 228)
6) Ähnlich Deutsch JZ 1963, 390 für den Vorsatz i.S.d. § 826 BGB bei Verhalten zu Wettbewerbszwecken.
7) Westermann, Interessenkollisionen S. 36, verneint eine solche Pflicht der Banken.

Nur in wenigen krassen Fällen ist die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts so groß, daß es gewissenlos erscheinen muß, sich über diese Gefährdung hinwegzusetzen. Große Unternehmen, durch deren Konkurs besonders viele Gläubiger in Mitleidenschaft gezogen werden, sind oft so kompliziert und schwer durchschaubar aufgebaut, daß ernstliche finanzielle Schwierigkeiten nicht ohne weiteres erkennbar sind. Gerade hier muß den gefährlichen Verträgen, die nicht unter die Anfechtungsvorschriften der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes fallen, entgegengetreten werden. Bei der Bestimmung des "Verstoßes gegen die guten Sitten" müssen die Entscheidungen der Rechtsordnung in den §§ 419 BGB, 850 h ZPO und 342 HGB berücksichtigt werden. Es muß deshalb bei dem Unwerturteil entweder vorwiegend auf objektive Umstände abgestellt oder - wie in § 342 HGB - die schädigende Wirkung des Vertrages bis zum Beweis des Gegenteils unterstellt werden.

3.) Die Prüfungspflicht als Umkehr der Beweislast

Zu einer solchen Vermutung der Gläubigerschädigung führt die von der Rechtsprechung aufgestellte Prüfungspflicht. Dem Kreditgeber wird im Ergebnis verboten, Verträge abzuschließen, die auf Grund besonderer Umstände die Vermutung einer starken Gläubigergefährdung einschließen. Anders ist es nur, wenn der Kreditgeber für den Nachweis sorgt, bei Vertragsschluß sei im konkreten Fall eine ernstliche Gefährdung anderer nicht voraussehbar gewesen.

Ebenso kann der stille Gesellschafter seine Einlage nur dann nachträglich aus dem Unternehmen ziehen oder sich den Rückerstattungsanspruch sichern lassen, wenn er im späteren Konkurs nachweisen kann, daß der Konkurs nicht auch durch diese Rückzahlung oder Sicherung verursacht, sondern ausschließlich durch andere Gründe ausgelöst worden ist.[1] Dieser Beweis ist außerordentlich schwer zu führen; ein vorsichtiger stiller Gesellschafter wird deshalb im eigenen Interesse durch Nachprüfung der Geschäftslage, evtl. durch das Gutachten eines Fachmannes, die erforderlichen Beweise sichern.

---

1) Schlegelberger-Geßler § 342, 13; RGRK-HGB (Weipert) § 342, 15; Koenigs S. 348; Paulick § 17 III 3 d

Die Prüfungspflicht hängt zwar mit der Gefährlichkeit bestimmter Sicherungsverträge zusammen. Bei der Erfüllung dieser Pflicht werden aber nicht wie bei der Verkehrssicherungs- und der Verkehrspflicht die Gefahren selbst durch geeignete Vorkehrungen abgewendet. Durch die hohen Anforderungen an die Sorgfaltspflicht wird vielmehr bestenfalls erreicht, daß die gefährlichen Verträge nicht geschlossen werden. Sonst aber wird durch die Aufstellung der Pflicht nur der Grund für die Haftung des Sicherungsnehmers geschaffen. Den Verträgen wird ihre gläubigerschädigende Wirkung dadurch genommen, daß dem Sicherungsnehmer die Verantwortung für die eingetretenen Schäden aufgebürdet wird, falls er nicht nachweist, daß er den Schaden trotz der erforderlichen Sorgfalt nicht voraussehen konnte und ihm deshalb eine Haftung nicht zuzumuten ist.

Die Prüfungspflicht beruht also auf der allgemeinen Billigkeitserwägung, daß bei der Vornahme gefährlicher Handlungen die Haftung dadurch verschärft werden muß, daß nicht der Geschädigte das Verschulden des Schädigers nachzuweisen braucht, sondern dem Schädiger nur der Entlastungsbeweis gestattet wird. Das ist u.a. die Grundlage des § 342 II und der Anfechtungsregelung für einige unmittelbar gläubigerschädigende Handlungen (§§ 31 Nr. 2 KO, 3 Nr. 2 AnfG).

4.) Folgerungen: Umfang der Prüfungspflicht

Dieser Billigkeitserwägung kann innerhalb der Generalklauseln nicht durch eine Beweislastregelung Geltung verschafft werden, sondern nur durch die Forderung einer den Umständen nach gebotenen Prüfungspflicht. Ihr liegt aber der Gedanke der Umkehr der Beweislast zugrunde. Das erklärt die verschiedenen Anforderungen, die die Rechtsprechung an den Umfang und die Durchführung der Prüfung stellt:[1] Die Prüfung muß so erfolgen, daß das Gericht nachträglich davon überzeugt werden kann, der Kreditgeber habe bei Vertragsschluß mit einem Schaden letztlich nicht zu rechnen brauchen. Wenn die Partei, die sich auf die Nichtigkeit der Sicherungsübertragung beruft oder die eine sittenwidrige Schädigung durch den Sicherungsnehmer geltend macht, nicht einmal nachweisen kann, daß entweder der Zweck des Kredits (Sanierungskredit) oder die Persönlichkeit des Schuldners oder die ungünstigen Geschäftsumstände eine Gefahr für das Unternehmen erkennen ließen, dann hat auch das Gericht keinen Grund zu der Annahme, der Sicherungsnehmer

---

1) vgl. oben 4. Teil B III 3

habe rücksichtslos im eigenen Interesse gehandelt. Der Sicherungsnehmer braucht keine Prüfung vorzunehmen, weil er entsprechende Beweise später nicht zu führen hat.

Sind aber Verdachtsmomente für eine schlechte Geschäftsentwicklung gegeben, so wird der gesicherte Gläubiger das Gericht von der Richtigkeit seines Verhaltens nur überzeugen können, wenn er sich auf die guten Bilanzen des als redlich bekannten Schuldners oder auf eine vorher stattgefundene einwandfreie behördliche Prüfung beziehen kann.

Bei einer von der anderen Partei nachgewiesenen sehr großen Gefahr der Schädigung wird aber oft nicht einmal der Nachweis genügen, daß der Gläubiger oder sein Personal die Verhältnisse genau geprüft haben. Es kann trotzdem der Verdacht bestehen bleiben, der Gläubiger habe die Verhältnisse wegen seines eigenen Interesses an dem Unternehmen bewußt oder unbewußt in einem zu guten Licht gesehen. Der Sicherungsnehmer wird unter solchen Umständen das Gericht regelmäßig nur dann davon überzeugen können, daß sein Verhalten nicht zu beanstanden war, wenn er vorher das Gutachten eines objektiven und branchenkundigen Fachmannes eingeholt hatte.

F. Folgerungen aus dem Vergleich:
Notwendigkeit der Rechtsfortbildung entsprechend den Rechtsgedanken der §§ 419 BGB, 850 h ZPO, 342 HGB

Die Rechtsprechung nimmt im Ergebnis überall dort einen Verstoß gegen die guten Sitten an, wo auch die positive Rechtsordnung in ähnlich gelagerten Fällen eine Haftung des gesicherten oder befriedigten Gläubigers begründet (§§ 419 BGB, 850 h ZPO, 342 HGB). Es ist erforderlich und berechtigt, die Grundgedanken dieser Einzelbestimmungen zu einem allgemeinen Rechtssatz auszuweiten, weil die Anfechtungsregelung der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes für die Bekämpfung der gläubigerschädigenden Handlungen unter den heutigen veränderten Umständen, besonders wegen der erweiterten Möglichkeit, einzelne Gläubiger zu sichern, nicht mehr ausreicht. Das ist allgemein anerkannt.

I. Die Ansichten der Rechtsprechung und der Literatur

Die Rechtsprechung hat die notwendige Einschränkung der Sicherungsverträge mit Hilfe der §§ 138, 826 BGB vorgenommen. Diese Bemühungen sind auf Widerspruch gestoßen. Die Kritik richtet sich hauptsächlich gegen die einzelnen Begründungen und Ergebnisse. Es wird geltend gemacht, die Begriffe "Knebelung" und "Gläubigergefährdung", die von der Rechtsprechung vielfach im Kampf gegen die Sicherungsverträge benutzt werden, reichten zur Begründung der Sittenwidrigkeit nicht aus. Es sei dogmatisch bedenklich, daß sich nicht der geknebelte Schuldner selbst, sondern seine Gläubiger auf die Knebelung berufen. [1] Der Begriff Gläubigergefährdung sei zu weit. Jede Sicherungsübereignung größeren Umfangs berge eine gewisse Gefahr für andere Gläubiger in sich. [2] Die Entscheidungen seien letzten Endes nur Ergebnisse eines unkontrollierbaren Rechtsgefühls und beeinträchtigten damit die Rechtssicherheit. [3]

Es wird aber eingeräumt, daß die durch die Sicherungsübereignung und die Sicherungsabtretung entstandene Art der Sicherungsverträge einer Einschränkung bedürfe und daß dies zur Zeit am besten durch Leitsätze der Rechtsprechung erfolgen könne. [4] Es müßten allmählich feste Grenzen gezogen werden. [5]

Es wird also nur der bisher eingeschlagene Weg, nicht das grundsätzliche Ziel der Rechtsprechung abgelehnt. Auch auf dem 41. Deutschen Juristentag (Berlin 1955) bestand überwiegend die Auffassung, daß eine gesetzliche Änderung des gegenwärtigen Kreditwesens zur Zeit nicht vorgeschlagen werden könne. [6] Westermann meinte in seinem Referat, am

---

1) Barkhausen NJW 1953, 1412 ff; NJW 1955, 1272; NJW 1956, 417; Flessa NJW 1953, 84 f; Schweiger MDR 1953, 707 ff, 709

2) Meyer-Cording JZ 1953, 665 ff, 666; Barkhausen NJW 1953, 1665; 1955, 1272

3) Barkhausen NJW 1955, 1272; auf die durch Anwendung der Generalklauseln bedingte Rechtsunsicherheit weist auch Westermann, Verhandlungen des 41. Dt. Juristentages Bd. II S. F 28, hin.

4) Flessa NJW 1953, 84 ff, 87; Meyer-Cording JZ 1953, 665 ff, 667; Sprengel MDR 1954, 257; Flume AcP 154, 563 f

5) v. Caemmerer JZ 1956, 97 f

6) Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages Bd. II S. F 81

besten könne eine "reformatorische Rechtsprechung" Abhilfe schaffen; sie könne sich den veränderten Umständen am leichtesten anpassen.[1]

II. Vorschläge für eine Gesetzesänderung

Die Unhaltbarkeit des gegenwärtigen Zustandes ist immer wieder dadurch dokumentiert worden, daß nach einer Abhilfe durch den Gesetzgeber gerufen wurde.

1.) Das Registerpfandrecht

Lange Zeit wurde die Meinung vertreten, am besten werde die Sicherungsübereignung durch ein besitzloses, in ein Register einzutragendes Pfandrecht ersetzt.[2]

Dieser Gedanke hat sich nicht durchsetzen können. Das ist auf die starke und scheinbar unüberwindliche Abneigung der Wirtschaft zurückzuführen, ihre Vermögensverhältnisse Fremden offenzulegen. Man befürchtet eine Schädigung der Kreditwürdigkeit.[3] Dem hat auch der Akademieentwurf von 1937, der ein Registerpfandrecht einführen wollte, Rechnung getragen.[4] Nach § 14 des Gesetzesvorschlages[5] sollte die Einsicht in das Pfandregister nur auf Grund einer schriftlichen Einwilligung des Verpfänders zulässig sein. Damit würde aber der Wert des Registers in Frage gestellt. Besonders die kleinen Einzelgläubiger würden sich die Einsicht nicht verschaffen können.[6] Auch müßten Eigentumsvorbehalte eingetragen werden, wenn das Register ein richtiges Bild von der Kreditwürdigkeit des Schuldners vermitteln sollte. Bei Vorbehaltslieferungen wäre es aber wegen der laufenden Zahlungen des Schuldners mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, den jeweils richtigen Stand der Eigentumsverhältnisse wiederzugeben.[7]

---

1) Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages Bd. II S. F 19
2) Heinrich Lehmann, Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderungen, 1937, besonders S. 70 ff; über ältere ähnliche Vorschläge: J. v. Liebig, R. Bechert, Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 63 (1935) S. 171 - 177
3) Ascher, DRiZ 1955, 177 ff, 178; Westermann, Verhandlungen 41. Dt. JT Bd. II S. F 24
4) Lehmann, Reform S. 55
5) Lehmann, Reform S. 76
6) Westermann, Verhandlungen 41. Dt. JT Bd. II S. F 24
7) Münzel, MDR 1951, 129 ff, 134 unter VII

Im ganzen würde die Registrierpflicht die heute verbreitete Sicherung durch Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt stark einschränken.[1]

Ob ein solcher Schritt zu verantworten ist, um dadurch die Gefahren der Sicherungen auszuschalten, erscheint fraglich. Man ist heute allgemein der Ansicht, das Registerpfandrecht sei zu Recht nicht eingeführt worden.[2]

2.) Änderung der Anfechtungsregelung

Dagegen wird es nach wie vor für möglich gehalten, durch eine Veränderung der Anfechtungsregelung den Gefahren der Sicherungsverträge in gewissem Maß entgegenzutreten.

Es ist seit langem vorgeschlagen worden, den schwierigen Nachweis zu erleichtern, der Schuldner habe in Benachteiligungsabsicht gehandelt und der gesicherte Gläubiger habe das gewußt. Schon 1911 wurde gefordert[3], es solle zur Anfechtung die Absicht genügen, "Gegenstände dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen oder einen Gläubiger vor den übrigen zu begünstigen". Auf eine besondere "Bosheit" bei der Gläubigerbenachteiligung solle verzichtet werden. Außerdem sei es wünschenswert, bei allen in den letzten sechs Monaten oder im letzten Jahr vor der Anfechtung geschlossenen entgeltlichen Verträgen die Beweislast für fehlende Kenntnis der Benachteiligungsabsicht dem Anfechtungsgegner aufzuerlegen.[4]

In dieselbe Richtung geht die Forderung, in gewissen Fällen auf einen Nachweis der Benachteiligungsabsicht des Schuldners ganz zu verzichten. Es solle vielmehr der Rechtsgedanke des § 30 Nr.2 KO (inkongruente Deckung) herangezogen werden und die Anfechtung nur ausgeschlossen sein, wenn dem Anfechtungsgegner der Beweis gelinge, daß ihm von einer Benachteiligungsabsicht nichts bekannt gewesen sei. Es sei nicht einzusehen, weshalb ein Gläubiger, der sich eine nicht geschuldete Sicherheit gewähren lasse, besser gestellt sein solle, wenn es mangels Masse trotz Zahlungseinstellung nicht zum Konkurs komme, als wenn der Konkurs eröffnet werde. Die 10-Tagesfrist des § 30 Nr. 2 KO müsse jedoch in entsprechender Anwendung des § 3 Nr. 2 AnfG auf ein Jahr ausgedehnt werden.[5]

---

1) Westermann, Verhandlungen 41. Dt. JT Bd. II S. F 23 f
2) Westermann, Verhandlungen 41. Dt. JT Bd. II S. F 23 f; Münzel MDR 1951, 134; Sprengel MDR 1954, 257
3) Przibilla JW 1911, 300 ff, 302
4) Przibilla JW 1911, 300 ff, 302
5) Asch JW 1911, 303 f

Der Deutsche Handelstag (1911)[1] und der 31. Deutsche Juristentag (Wien 1912)[2] stimmten folgender Empfehlung zu: Die Konkursordnung und das Anfechtungsgesetz seien dahin zu ergänzen, daß die innerhalb einer bestimmten Zeit vor der Zahlungseinstellung oder der Anfechtung vorgenommenen Sicherungsübereignungen anfechtbar seien und daß dem Sicherungseigentümer die Beweislast obliege, ihm sei zur Zeit des Vertragsschlusses eine Absicht des Schuldners, die übrigen Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt gewesen.[3]

Gegen eine solche Lösung wurde aber geltend gemacht,[4] sie setze nicht an der richtigen Stelle ein. Die Anfechtungsregelung solle, auch wenn sie mit Vermutungen arbeite, fraudulösen Handlungen entgegentreten. Die Gefahren, die mit der Sicherungsübereignung prinzipiell verbunden seien, lägen aber nicht darin, daß unlautere Zwecke verfolgt würden, sondern daß die mangelnde Erkennbarkeit die Sicherheit des Verkehr ernstlich bedrohe.

Dieser Gedanke weist richtig auf folgendes hin: Ein Anfechtungstatbestand kann Sicherungsverträge nur wirksam eindämmen, wenn er an ihren speziellen Gefahren ausgerichtet ist. Andernfalls führt er zu zufälligen Ergebnissen. Es ist deshalb angeregt worden,[5] eine objektive Anfechtungsnorm zu schaffen. Sie sollte einen Sicherungsvertrag für anfechtbar erklären, "soweit durch ihn Gläubiger in unbilliger Weise, insbesondere durch Verletzung ihres Rechts auf anteilsmäßige Befriedigung, benachteiligt werden".

Diese Formulierung ist zwar bedenklich. Denn sie könnte das Prinzip der anteilsmäßigen Befriedigung auch außerhalb des Konkurses zur Geltung bringen.[6] Für den praktischen Gebrauch ist sie viel zu allgemein. Ihre Tendenz weist aber - wie in diesem Zusammenhang erforderlich - über die Grenzen der Anfechtungsregelung der Konkursordnung und

---

1) Liebig-Bechert S. 167

2) Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages (Wien 1912) Berlin 1913 Bd. 3 (Stenograph. Bericht) S. 188, 215 (Antrag Litten), S. 237 (Antrag Apt), S. 258 (Annahme der Anträge), S. 946, 947 (Zusammenfassung)

3) Die Vorschläge für die Einführung des Registerpfandrechts wurden von der Mehrheit des Deutschen Handelstages und des 31. Deutschen Juristentages nicht gebilligt; Liebig-Bechert S. 167; Verhandlungen des 31. Dt. JT Bd. 3 S. 188, 259.

4) Gutachten Salinger: Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in bezug auf die Sicherungsübereignung? Verhandlungen des 31. Dt. JT Bd. 1 (Berlin 1912) S. 409 ff,455

5) Rehbein JW 1910, 605 f

6) Asch JW 1911, 303

des Anfechtungsgesetzes hinaus. Wenn ein Anfechtungstatbestand Abhilfe gegen die Gefahren der Sicherungsverträge schaffen soll - darauf hat Westermann erneut auf dem 41. Deutschen Juristentag (Berlin 1955) hingewiesen[1] - , so muß er auf das wirtschaftlich nicht mehr vertretbare Kreditgeschäft und dessen Sicherung abstellen. Nur so können die vom Standpunkt einer ordnungsgemäßen Kreditwirtschaft nicht mehr vertretbaren Sicherungen ausgeschaltet werden. Dazu ist aber eine Änderung der Systematik des Anfechtungsrechts erforderlich.[2] Die herkömmliche Systematik geht davon aus, daß Rechtshandlungen eines redlichen Schuldners - bis auf die Schenkung - die ordentliche Kreditwirtschaft nicht stören. Diese Ansicht ist wegen der erweiterten Möglichkeit der Kreditsicherung illusorisch geworden.

Darüber, wie ein solcher objektiver Tatbestand auszugestalten ist, sind keine Vorschläge gemacht worden. Westermann meint lediglich, daß die Anfechtungsfrist auf die denkbare Krisendauer von Unternehmen ausgedehnt werden müsse. Im übrigen erscheint es ihm fraglich, ob mit einer neuen Norm die erforderliche Rechtssicherheit geschaffen werden könne.

III. Ergebnis

Durch die Vorschläge der Lehre und durch die Rechtsprechung ist folgender Weg vorgezeichnet:
Es muß auf objektive Kriterien abgestellt werden. Dazu bieten sich die in §§ 419 BGB, 342 HGB, 850 h ZPO niedergelegten Grundsätze an. Bei diesen Vorschriften handelt es sich entweder ausdrücklich um Anfechtungsnormen (§ 342 HGB), oder sie haben anfechtungsähnlichen Charakter (§§ 850 h ZPO, 419 BGB). Andererseits muß auf das Interesse des Sicherungsnehmers Rücksicht genommen werden; im Gegensatz zu einem Beschenkten wird ihm die Sicherung gegen Kredithingabe oder für eine geschuldete Leistung bestellt. Es muß ihm also der Gegenbeweis, eine Gefährdung sei nicht zu erkennen gewesen, gestattet werden. Eine solche Weiterentwicklung der Anfechtbarkeit erleichtert nur dort die Anfechtung durch Rechtsvermutung, "wo die Natur des stattgefundenen Geschäfts in jedermann den

---

1) Verhandlungen 41. Dt. JT Bd. II S. F 22; zustimmend Diskussionsbeitrag Sprengel S. F 60/61
2) Westermann, Verhandlungen 41. Dt JT Bd. II S. F 22

Verdacht wachrufen muß, daß der Schuldner sich in schlechter Vermögenslage befinde"[1]. Durch Veränderung der wirtschaftlichen Lage hat sich der Kreis der objektiv gefährlichen Geschäfte erweitert. Deshalb muß auch die Anfechtungsregelung in dem vorgeschlagenen Sinn erweitert werden, wenn der Kreditverkehr nicht untragbar belastet werden soll.

Die Rechtsprechung hat diese unbedingt erforderliche Rechtsfortbildung im Rahmen der Generalklauseln der §§ 138, 826 BGB vorgenommen. Sie ist dabei zu Ergebnissen gelangt, die systematisch als Weiterentwicklung der Anfechtungsregelung auf Grund ähnlicher von der Rechtsordnung in anderem Zusammenhang ausgesprochener Gedanken erscheinen (vgl. die Zusammenfassung 4. Teil C).

Als sittenwidrig sind damit im Ergebnis solche Sicherungsverträge angesehen worden und anzusehen, die erheblich gegen die Prinzipien eines fortgebildeten "Anfechtungsrechts" verstoßen.

Von dieser Einordnung aus ist es möglich, die Ergebnisse der Rechtsprechung in einigen Punkten zu ergänzen und sie für andere noch nicht entschiedene Fälle nutzbar zu machen.

---

1) Hahn, Materialien zur KO S. 117 (Begründung für die in §§ 29 ff KO aufgestellten Vermutungen)

6. TEIL: Einzelfragen; Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die guten Sitten

A. Einzelfragen

Die nach der Rechtsprechung gebildeten Leitsätze (4. Teil C) sind in folgenden zwei Punkten zu ergänzen:

I. Übernahme des letzten freien Vermögens

Bei der Übernahme des letzten freien Vermögens zur Sicherung oder Tilgung gelten die Einschränkungen, die sich aus dem Vergleich mit der Regelung des § 419 BGB[1)] ergeben haben. Vor allem ist darauf hinzuweisen, daß eine Haftung des Übernehmers wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nicht eintritt, wenn das übernommene Vermögen so gering ist, daß ein Konkursverfahren darüber nicht mehr möglich war.

II. Abgrenzung der sittenwidrigen Unterstützung eines gefährdeten oder konkursreifen Unternehmers

Nach der Rechtsprechung verstoßen häufig solche Kreditverträge mit Sicherungs- oder Tilgungsabreden gegen die guten Sitten, die mit einem gefährdeten Unternehmer geschlossen werden, um einen unmittelbar bevorstehenden oder einen drohenden Zusammenbruch abzuwenden. Diese Fälle sind schwer abzugrenzen, denn ihre Sittenwidrigkeit soll aus der Verletzung einer den Umständen nach gebotenen Prüfungspflicht folgen, deren Umfang von Fall zu Fall nach nicht näher bestimmten Kriterien festzustellen ist.

---

1) oben 5. Teil B II 3 (a - d)

Die Prüfungspflicht ergibt sich aus dem besonderen Rechtsverhältnis zwischen dem Unternehmer und dem Geldgeber. Es ist dem Namen nach ein Darlehn, seinem Inhalt nach kann es aber einer Beteiligung am Unternehmen, ähnlich der des stillen Gesellschafters, gleichkommen. Daraus folgt: Nur wenn die Kreditgewährung nicht mehr den Charakter eines Darlehns, dafür aber den einer stillen Gesellschaft aufweist, ist die Beteiligung an einem gefährdeten Unternehmen ohne ausreichende Prüfung, ob dadurch für die Gläubiger keine Gefahren entstehen, sittenwidrig. Die Abgrenzung ist ähnlich vorzunehmen wie die Unterscheidung zwischen dem partiarischen Darlehn und der stillen Gesellschaft.

1.) Kreditgewährung zur Rettung alter Gelder als gesellschaftsähnliche Beteiligung am Unternehmen

Beim partiarischen Darlehn wird die Vergütung für die Überlassung des Kapitals nicht oder nicht nur in Form von festen Zinsen, sondern in Form einer Gewinnbeteiligung vereinbart.[1] Diese Voraussetzung wird bei Krediten an ein gefährdetes Unternehmen aber nur selten gegeben sein. Die Beteiligung an dem Unternehmen kann daher auch keine stille Gesellschaft sein, denn bei ihr darf nach § 336 Abs. 2 HGB die Gewinnbeteiligung für den stillen Gesellschafter nicht ausgeschlossen werden. Wenn nur feste Zinsen und damit eine von den wechselnden Geschäftsergebnissen unabhängige Vergütung gezahlt wird, fehlt ein wesentliches Begriffsmerkmal der stillen Gesellschaft.[2]

Die Interessenlage bei der Gewährung fest verzinslicher Darlehen an einen gefährdeten Unternehmer und bei einer Geldhingabe gegen Gewinnbeteiligung ist aber dann gleich, wenn der Kredit zur Rettung von Geldern eingeräumt wird, die der Kreditgeber schon früher dem Schuldner geliehen hat. Mit dem Kredit soll das schuldnerische Unternehmen erhalten werden, weil der Kreditgeber nur so eine Chance auf volle Befriedigung hat. Wenn er die gesamte Summe sofort fordern würde, würde es über kurz oder lang zum Konkurs kommen und der Geldgeber mit einem Teil seiner Forderung ausfallen. Durch den weiteren Kredit soll der drohende Konkurs abgewendet, der Unternehmer also in die Lage versetzt werden, Gewinne zu erzielen. Auf diese Gewinne hätte der Kreditgeber zwar auch

---

1) RGRK-BGB (Fischer), Vor § 705, 2; Koenigs, S. 29
2) Schlegelb.-Geßler § 335, 23; Koenigs S. 10; RGRK-HGB (Weipert) § 335, 40

ohne die Gewährung des weiteren Darlehns einen Anspruch, er würde sie tatsächlich aber nicht bekommen. Die Rückzahlung des zunächst gewährten Kredits ist also wirtschaftlich gesehen die Abführung eines durch den weiteren Kredit erzielten Gewinnes.

Eine Beteiligung, die der eines stillen Gesellschafters gleichkommt, liegt deshalb nicht vor, wenn der Sicherungsnehmer noch keine Gelder in dem Unternehmen hat. Damit entfällt eine Prüfungspflicht des Sicherungsnehmers.

Wird ein erstmaliges Darlehn gegen Sicherungen trotz erkannter Konkursreife gewährt - das wird nur ganz selten der Fall sein -, so liegt höchstens eine Täuschung von Neugläubigern vor.

2.) Abgrenzung zwischen dem partiarischen Darlehn und der stillen Gesellschaft

Die Unterscheidung zwischen dem partiarischen Darlehn und der stillen Gesellschaft ist wegen der großen äußerlichen Ähnlichkeit beider Institute schwierig. In der Rechtsprechung und im Schrifttum werden hauptsächlich einzelne Anhaltspunkte herausgestellt, die für das Vorliegen der einen oder der anderen Rechtsform sprechen: Für das Bestehen einer stillen Gesellschaft spricht die Beteiligung des Geldgebers am Verlust, das Verbot, seine Forderung gegen den Geschäftsinhaber abzutreten (§ 717 BGB), die Tatsache, daß der Geldgeber oder seine Angehörigen später in das Geschäft eintreten sollen, und vor allem die dem Geldgeber eingeräumten Kontroll- und Weisungsrechte. Die einzelnen Anhaltspunkte haben für sich allein aber fast nie entscheidende Bedeutung.[1] "Die Abgrenzung zwischen einer stillen Gesellschaft und einem partiarischen Rechtsverhältnis kann nicht allein an Hand einzelner Vertragsbestimmungen erfolgen, wenn für den Geldgeber eine Gewinnbeteiligung vorgesehen und eine Verlustbeteiligung ausgeschlossen ist. Da in diesem Fall z.B. die Einräumung von Kontroll- und Überwachungsrechten sowohl

---

1) BGH 19. Sept. 1951 LM § 335 HGB Nr. 1 und die dort abgedruckte Anmerkung; Ritter, HGB § 335, 4 c; Schlegelb.-Geßler § 335, 23; RGRK-HGB (Weipert) § 335, 40; Koenigs S. 30 ff; Paulick, S. 87 ff; RGRK-BGB (Fischer) Vor § 705, Anm. 2; Serick Bd. II, 1 § 20 V 2 b, S. 495. Nur die Verlustbeteiligung des Geldgebers soll ein sicheres Zeichen für die stille Gesellschaft sein - für alle: Schlegelb.-Geßler § 335, 23 -; anders nur Koenigs S. 30 Anm. 102

Ausfluß eines Gemeinschaftsverhältnisses zwischen den Vertragschließenden wie auch Ausdruck eines einseitigen Sicherungsbedürfnisses des Geldgebers sein kann, ist die Abgrenzung zwischen der stillen Gesellschaft und einem partiarischen Rechtsverhältnis unter umfassender Berücksichtigung des Vertragszwecks und der wirtschaftlichen Ziele der Vertragschließenden vorzunehmen".[1] Diese Gesamtwürdigkeit des Einzelfalles hat sich nach dem systematischen Unterschied zwischen der stillen Gesellschaft und dem partiarischen Darlehn auszurichten.

In der stillen Gesellschaft verpflichten sich beide, der Geschäftsinhaber und der Geldgeber, einen gemeinsamen Zweck, nämlich den Betrieb eines Handelsgewerbes durch den Geschäftsinhaber, zu fördern, der Geldgeber durch seine Einlage, der Geschäftsinhaber durch die Betriebsführung. Diesem gemeinsamen Zweck werden die eigenen Interessen untergeordnet. Die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen beiden "sind daher sozialrechtlich durchdrungen, insbesondere sind sie einander durch die gesellschaftliche Treuepflicht verbunden, die stärker und andersartiger ist als die allen Schuldverhältnissen innewohnende Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interesses des anderen Teils, auch wenn diese Pflicht bei gesellschaftsähnlichen Austauschverhältnissen besonders ausgeprägt ist".[2]

Bei partiarischen Darlehen fehlt ein solcher gemeinsamer Zweck. Die Interessen laufen zwar weitgehend parallel, der Geschäftsinhaber betreibt aber das Handelsgeschäft nicht für gemeinsame Rechnung, sondern für sich allein. Er tauscht nur einen Teil des Gewinnes gegen die Leistung des Darlehnsgebers, die Überlassung des Kapitals, aus. Es handelt sich also um ein rein schuldrechtliches Austauschverhältnis ohne sozialrechtliche Beziehungen der Beteiligten zueinander.[3] Der Bundesgerichtshof sieht deshalb das wesentliche Merkmal der stillen Gesellschafters im Unterschied zum partiarischen Darlehn darin, "daß sich in ihr Gesellschafter durch die Vereinbarung eines gemeinsamen Gesellschaftszwecks zu einem gemeinsamen, von den Grundsätzen von Treu und Glauben in einem besonderen Maße beherrschten Rechtsverhältnis zusammengefaßt haben".[4]

---

1) BGH 19. Sept. 1951 LM § 335 HGB Nr. 1 (Leitsatz)
2) Koenigs S. 29
3) Koenigs S. 29; ähnlich Ritter § 335, 4 a und 4 c; Hueck, Gesellschaftsrecht § 20 IV 3 (S. 101); Paulick § 8 III 2 (S. 89): Entscheidendes Abgrenzungsmerkmal sei der animus contrahendae societatis; RGRK-BGB (Fischer) Vor § 705 Anm. 2; Serick Bd. II, 1 S. 495 (§ 20 V 2 b)
4) BGH 11. Juni 1951 BGHZ 2, 75 ff, 81

Damit sind die praktischen Abgrenzungsschwierigkeiten aber nicht überwunden. Auch der am Gewinn beteiligte Darlehnsgeber ist an der Erzielung eines möglichst hohen Gewinnes interessiert; die Zusage der Gewinnbeteiligung schließt also eine gewisse Verpflichtung zur sorgsamen Geschäftsführung dem Geldgeber gegenüber ein. Andererseits wirkt der stille Gesellschafter mangels jeder Geschäftsführungsbefugnis (§ 338 Abs. 2 HGB) an der Förderung des gemeinsamen Zwecks im wesentlichen nur durch sein Kapital mit.[1)]

Theoretisch kann man aber doch unterscheiden, ob das gewinnbringende Handelsunternehmen nur Voraussetzung für den Darlehnsvertrag und Berechnungsgrundlage für die Gegenleistung (Gewinnbeteiligung) ist und ob den Inhaber lediglich nach § 242 BGB die Pflicht trifft, das gute Fortbestehen seines Unternehmens und damit eine Gewinnerzielung nicht zu beeinträchtigen, oder ob das Betreiben des Handelsgewerbes fortan gemeinsamer Zweck ist, den der Geschäftsinhaber für die stille Gesellschaft verfolgt.

3.) Ergebnis

Daraus folgt für die Kreditgewährung gegen weitgehende Sicherungs- und Tilgungsabreden: Das Darlehn verliert den Charakter eines Austauschverhältnisses, wenn es zur Rettung alter Gelder gegeben wird und der Geschäftsinhaber durch die Verträge praktisch dem Geldgeber gegenüber zu einer besonders sorgfältigen Geschäftsführung, oft in Gestalt bestimmter Sanierungsmaßnahmen, verpflichtet wird. Wegen der eigennützigen Beteiligung am Unternehmen ist in diesen Fällen - ähnlich dem Rechtsgedanken des § 342 HGB - auch eine höhere Beteiligung an der Gefahr gerechtfertigt. In der Gläubigerbenachteiligung durch solche Verträge liegt daher ein Verstoß gegen Grundsätze, die die Rechtsprechung entwickelt hat und die sich als Fortbildung des Rechts der Gläubigeranfechtung in einem vom Gesetzgeber vorgezeichneten Rahmen darstellen. Diese Prinzipien sind bei der Bestimmung des "Verstoßes gegen die guten Sitten" zu berücksichtigen.

Wenn der Geldgeber eine wirtschaftliche Machtstellung über den Schuldner erlangt hat oder zur Rettung alter Gelder ein konkursreifes Unternehmen unterstützt (4. Teil C II 3, 4), ist eine der stillen Gesellschaft vergleichbare Interessenlage gegeben. Es soll durch die Erweiterung oder die Stundung des Kredits gegen Sicherungs- oder Tilgungsabreden der für

---

1) Hueck, Gesellschaftsrecht § 20 IV 3 (S. 101, 102)

den Geschäftsinhaber und den Geldgeber verlustreiche Konkurs abgewendet werden. Kann sich der Schuldner dem Verlangen des Kreditgebers nach Sicherungen oder Tilgung durch Abtretung künftiger Forderungen wegen seiner Verschuldung dem Kreditgeber gegenüber nicht widersetzen (wirtschaftliche Machtstellung des Kreditgebers), ist der Schuldner auch in seiner Geschäftsführung vom Wohlwollen des Kreditgebers abhängig. Die Art der Geschäftsführung und die Erreichung des gemeinsamen Zwecks, die Sanierung, steht also nicht im Belieben des Geschäftsinhabers.

Ebenso ist es, wenn der Kreditgeber vor der Alternative steht, entweder den Kredit zu erweitern oder zu stunden oder aber es zum Konkurs kommen zu lassen (Konkursreife). Durch die weitere Kreditgewährung zur Rettung alter Gelder wird der Geschäftsinhaber naturgemäß auch zu einer möglichst gewinnbringenden Geschäftsführung verpflichtet.

Es ist schwierig festzustellen, wann die Beteiligung an einem gefährdeten, aber noch nicht konkursreifen Unternehmen (4. Teil C II 2) der Interessenlage einer stillen Gesellschaft entspricht. Die erstmalige Geldhingabe gegen Sicherungen erfolgt nur um der Zinsen willen und nicht zur Rettung praktisch schon verlorener Gelder. Auch spätere Kredite können ausschließlich der Geldanlage dienen. Selbst wenn bei der späteren Erhöhung des Kredits nachträglich der gesamte alte Kredit gesichert wird, ist das kein zwingendes Anzeichen dafür, daß die Erhöhung nur um der alten Gelder willen geschieht. Mit der weiteren Kreditgewährung kann die übliche Grenze des Blankokredits überschritten und damit der ganze Kredit sicherungsbedürftig werden.[1] Die nachträgliche Sicherung entspricht dann allgemeinen Kreditgepflogenheiten, sie ist nicht durch ein besonderes Mißtrauen gegenüber dem Unternehmer begründet.

Es kommt aber der Zeitpunkt, in dem eine weitere Krediterhöhung für den Geldgeber ein Verstoß gegen die kaufmännische Regel ist, "daß man nicht gutes Geld hinter dem schlechten herwerfen soll".[2] Das Unternehmen ist dann schon so gefährdet, daß ein erstmaliger Kredit nicht mehr gewährt würde. Nur mit Rücksicht auf die alten Gelder wird eine Sanierung mit weiteren Darlehen oder weiterem Stillhalten versucht. Der Geldgeber kann die alten Gelder entweder zur Zeit nicht herausziehen oder er will es nicht, um eigene

---

1) Westermann, Interessenkollisionen S. 50 Anm. 84
2) Barkhausen, NJW 1953, 1412 ff, 1414

Schwierigkeiten bei der Verwertung der Sicherheiten zu vermeiden oder um einen guten Kunden zu stützen. Der alte Kredit liegt in solchem Fall tatsächlich so fest, daß er zu einer Beteiligung geworden ist.[1] Die weitere Kreditgewährung dient nicht nur der Geldanlage, sondern der Sanierung des Unternehmens im Interesses des Geldgebers. Den Gefahren, die durch den Sanierungsversuch für die Gläubiger entstehen, darf sich der Kreditgeber nicht durch Sicherungen entziehen.

Dieser kritische Punkt ist erreicht, wenn eine Umfinanzierung der früher vom Kreditgeber geliehenen Gelder durch einen anderen Geldgeber zu den üblichen Zinssätzen und Überwachungsrechten, wie sie bei vielen größeren Krediten eingeräumt werden, nicht mehr möglich ist. Jede spätere Kreditgewährung gegen Sicherungen oder Tilgungen durch Forderungsabtretungen und jedes Stillhalten gegen entsprechende Abreden hinsichtlich alter Kredite erfolgt dann zur Sanierung im Interesse des Geldgebers. Es liegt eine Interessenlage vor, die der des § 342 HGB entspricht. Das ist bei der Feststellung der Sittenwidrigkeit zu berücksichtigen.

B. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die guten Sitten

1. Allgemeines

Bei vielen Kreditverträgen mit Sicherungs- und Tilgungsabreden, die die Rechtsprechung als anstößig i.S. der §§ 138, 826 BGB bezeichnet, liegt kein Verstoß gegen die guten Sitten in dem vom Gesetzgeber gedachten Sinne vor. Die Anwendung der Generalklauseln dient hier der Fortbildung und Ergänzung der Anfechtungsregelung.[2] Das kann Auswirkungen auf die Rechtsfolgen haben.

Der Unrechtsgehalt der gesetzlichen Anfechtungstatbestände und der von der Rechtsprechung herausgestellten Fallgruppen ist oft ungefähr gleich. Die Benachteiligungsabsicht wird bei den anstößigen Sicherungsverträgen häufig durch ein fahrlässiges Verhalten er-

---

1) Barkhausen, NJW 1953, 1414
2) vgl. oben den 2. Teil

setzt, das aber wegen seiner größeren Gefährlichkeit ebenso schwer wiegt wie die Benachteiligungsabsicht in weniger weittragenden Fällen.[1] Die rechtlichen Sanktionen müssen sich deshalb ähneln.

II. Rechtsfolgen der "anfechtungsgleichen" Fälle

1.) Die in Betracht kommenden Fälle

Der Unrechtsgehalt der mit den Generalklauseln zu lösenden Fälle entspricht dem der Anfechtungstatbestände, wenn durch die Übertragung zur Sicherung oder Tilgung andere Gläubiger zwar gefährdet werden, die gefährlichen Verträge aber weder erkanntermaßen mit ziemlicher Sicherheit zum Schaden führen noch unlautere Zwecke verfolgen (vorsätzliche Konkursverschleppung) noch dem Unternehmer eine ausreichende wirtschaftliche Bewegungsfreiheit und die Möglichkeit nehmen, andere Gläubiger in angemessenem Rahmen zu befriedigen. So liegt es in folgenden Fällen:

a) Bei der Sicherung oder bei der Tilgung durch Forderungsabtretung übersieht der Kreditgeber grob fahrlässig, daß durch die Gewährung oder Belassung des Kredits Dritte mit ziemlicher Sicherheit zu ihrem Schaden über die Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers getäuscht werden.

b) Durch die Sicherung oder durch die Tilgung durch Forderungsabtretung wird mit Wissen oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Kreditgebers dem Schuldner das letzte freie Vermögen, insbesondere auch künftige Forderungen, entzogen. Die übertragenen Gegenstände reichen für ein Konkursverfahren aus.

c) Der Kreditgeber unterstützt einen Unternehmer gegen Sicherungen oder gegen Tilgungen durch Forderungsabtretungen, gegen den er schon Forderungen aus früherer Kreditgewährung hat und dem er ohne diese Rückstände keinen Kredit mehr gewähren würde.

Diese Fälle entsprechen den Anfechtungstatbeständen.

---

1) RG 9. April 1932 RGZ 136, 247 ff, 256: "Der Schadenersatzanspruch ähnelt also hier (bei der Gläubigerfährdung) in gewisser Beziehung dem Anfechtungsrecht wegen Gläubigerbenachteiligung, wie denn auch die zugrundeliegende Handlungsweise des Sicherungsnehmers mit dem Anfechtungstatbestand, besonders auch hinsichtlich der Gründe und des Grades ihrer Verwerflichkeit, auf einer Linie liegt, im Gegensatz zu dem als ein schwerer Verstoß anzusehenden Tatbestand des Kreditbetruges".

Der Anfechtungsgegner muß das, was er durch anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners erlangt hat, zur Konkursmasse zurückgewähren (§ 37 KO). Der Anspruch besteht auch, wenn der Anfechtungsgegner gar nicht oder nur so viel an der Gläubigerbenachteiligung mitgewirkt hat, wie es für einen Vertragspartner unumgänglich ist. Es ist unerheblich, ob das Verhalten des Anfechtungsgegners mit Rücksicht auf seine eigenen Belange gerechtfertigt erscheint oder nicht. Die Rückgabepflicht gründet sich nur darauf, daß dem Anfechtungsgegner die Rückgabe wegen seiner Kenntnis der Benachteiligungsabsicht des Schuldners oder wegen der Unentgeltlichkeit des Erwerbs zumutbar erscheint.

Ebenso führt der Kreditgeber in den oben angeführten Fällen (a - c) die Gläubigergefährdung nicht durch ein Verhalten herbei, das gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Die Sanktionen gegen ihn beruhen auf der Überlegung, daß es den in vergleichbaren Fällen vom Gesetzgeber anerkannten Rechtsgedanken (§§ 419 BGB, 850 h ZPO, 342 HGB) widersprechen würde, wenn der Kreditgeber nicht zur Wiedergutmachung des von ihm verursachten Schadens herangezogen würde. Das ist für die Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die guten Sitten von Bedeutung.

2.) Schadenersatz nach § 826 BGB; Umfang des Anspruches

Der für § 826 BGB erforderliche Vorsatz ist in der Regel gegeben (s. oben 5. Teil E III 2).

Der Umfang des Schadenersatzanspruchs ergibt sich aus den §§ 826, 249 BGB. Danach muß der Schadenersatzpflichtige den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn der zum Schadenersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der Schaden für die Neugläubiger entsteht auf folgende Weise: Durch die Kreditgewährung wird ein unrichtiger Kreditschein erweckt. Er veranlaßt die Neugläubiger, mit dem späteren Gemeinschuldner noch Verträge abzuschließen. Sittenwidrig wird dieses Verhalten des Geldgebers erst dadurch, daß er sich selbst auf Kosten der Gefährdeten der Gefahr durch Sicherungen oder Tilgungsabreden entzieht.[1)]

Damit entsteht die Frage, was der zum Schadenersatz verpflichtende Umstand ist: entweder die Erweckung des falschen Kreditscheins - dann müßten die Neugläubiger so gestellt werden, als ob sie die wahren Kreditverhältnisse gekannt und deshalb nicht mehr abge-

1) s. oben 3. Teil III

schlossen hätten - oder die eigene Sicherung auf Kosten der gefährdeten Gläubiger - dann müßten die Gläubiger so gestellt werden, als sei dem Schuldner vom Geldgeber nur ein ungesicherter Kredit gewährt worden -. Die Sicherungen müßten freigegeben werden.

Der zum Schadenersatz verpflichtende Umstand ist noch nicht die vorsätzliche Schadenszufügung allein. Wenn sie keinen anderen Haftungstatbestand erfüllt und wegen Verfolgung berechtigter Interessen nicht anstößig ist, ist sie erlaubt (z.B. Schädigung durch Kundenabwerbung mit lauteren Mitteln). Erst wenn sie gegen die guten Sitten verstößt, verpflichtet sie zum Schadenersatz. Der Schädiger kann deshalb auch nur insoweit in Anspruch genommen werden, als die Schadenszufügung sittenwidrig ist.

Die Kreditgewährung an den gefährdeten Schuldner wirkt zwar bei der Schadensverursachung mit, durch sie erst werden die Neugläubiger gefährdet, jedoch noch nicht in sittenwidriger Weise. Dem Schädiger, der sich der von ihm verursachten Gefahr in anstößiger Weise entzieht und damit die Gefahr noch vergrößert, kann nicht die Herbeiführung der Gefahr selbst, sondern nur die Vergrößerung der Gefahr zugerechnet werden. Er müßte sonst mehr wiedergutmachen, als er sittenwidrig verursacht hat.[1)]

Der zum Schadenersatz verpflichtende Umstand ist also nicht die Herbeiführung des gefährlichen unrichtigen Kreditscheins durch die Kreditgewährung, sondern die eigene Absicherung gegen diese Gefahren auf Kosten der Gefährdeten. Die dadurch entstehenden Schäden muß der Kreditgeber (Sicherungsnehmer) beseitigen. Die zur Sicherung oder Tilgung übertragenen Gegenstände müssen also für die Gläubiger freigegeben[2)], gegebenenfalls

---

1) RGZ 136, 247 ff, 255: "Auch daß der Sicherungsnehmer zu seinen (des Geschädigten) Gunsten den Zustand herstelle, der bestehen würde, wenn jener nicht bloß die Sicherheit nicht genommen, sondern auch dem Schuldner den dafür eingeräumten Kredit versagt hätte, kann der spätere Kreditgeber hier (wo kein betrügerisches Handeln des Sicherungsnehmers vorliegt) nicht verlangen. Denn insoweit war das Vorgehen des Sicherungsnehmers nicht sittenwidrig. Daß dieser das eine nicht ohne das andere getan hätte, genügt nicht, ihn für die Folgen auch des erlaubten Teils seines Verhaltens einem dadurch Geschädigten gegenüber verantwortlich zu machen". Vgl. zu dieser Problematik des § 826 BGB auch Manfred Wolf NJW 1967, 709 ff, 710.

2) Ebenso im Ergebnis Schlosser S. 55: Nicht die Geheimhaltung sei Haftungsgrund - zur Offenlegung bestehe keine Rechtspflicht -, sondern die Sicherungsübereignung als solche. Deshalb müsse der Unterschied zwischen der tatsächlichen Konkursdividende und der ohne die Sicherungsübereignung erhaltenen Quote ersetzt werden.

muß der Wert der schon verwerteten Gegenstände erstattet werden.

3.) Geltendmachung der Schadensersatzansprüche

Die Beschränkung der Schadenersatzpflicht muß sich auf die Geltendmachung der Ersatzansprüche auswirken. Die geschädigten Gläubiger können nur verlangen, so gestellt zu werden, als ob die fraglichen Gegenstände nicht dem Kreditgeber übertragen worden wären. Wenn es zum Konkurs über das Vermögen des Schuldners kommt, müßte also der im Konkurs zu erzielende Erlös der Gegenstände ermittelt und auf alle Konkursgläubiger anteilig umgerechnet werden. Der Schadenersatzanspruch der Gläubiger würde grundsätzlich den so errechneten Teil des Erlöses umfassen, einige Gläubiger müßten sich wegen ihrer Kenntnis oder grobfahrlässigen Unkenntnis der angespannten Lage des Schuldners bei der Kreditgewährung ein Mitverschulden entgegenhalten lassen. [1] Der in Anspruch genommene Kreditgeber kann den Schadenersatz aber durch Freigabe der ihm übertragenen Gegenstände zur gemeinsamen Verwertung durch die Geschädigten leisten. Die Voraussetzungen, unter denen nach §§ 249 ff BGB Schadenersatz in Geld verlangt werden kann, liegen nicht vor. Damit würde es hinsichtlich der zur Sicherung oder Erfüllung übertragenen Gegenstände zu konkursähnlichen gemeinsamen Verwertungsverfahren kommen, die wegen der Beachtung des Mitverschuldens komplizierter wären als der gesetzlich geregelte Konkurs. Solche Verfahren sind praktisch unmöglich.

Die Ansprüche der Gläubiger zielen im Ergebnis auf die Auffüllung der Masse bis zu dem Stand ab, den sie ohne die unzulässige Gläubigerbenachteiligung hätte. Da der Konkursverwalter die "zentrale Figur" ist, die "für die ordnungsgemäße Erfassung und Verwertung der Masse wie für die Verteilung des Erlöses im wesentlichen allein" verantwortlich ist, [2] sollte er die Ansprüche geltend machen. Das entspricht auch ihrem Charakter. Sie ähneln den Anfechtungsansprüchen.

Dagegen könnte die Rechtsstellung des Konkursverwalters sprechen. Mit der Konkurseröffnung verliert der Gemeinschuldner die Verfügungsmacht über die zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände; sie geht im Interesse des Konkurszweckes, d.h. zur Verwaltung und Ver-

---

1) Flessa NJW 1953, 87; Barkhausen NJW 1953, 1665; Westerwelle S. 62 - 64
2) Schönke-Baur § 50 C I 1

wertung der Masse, auf den Konkursverwalter über (§ 6 KO). Die Stellung, die der Konkursverwalter dabei einnimmt, ist nicht mit der eines bürgerlich-rechtlichen Vertreters (§§ 164 ff BGB) zu vergleichen. Die Verfügungsmacht des Konkursverwalters erstreckt sich nicht auf das ganze Vermögen des Gemeinschuldners, sondern nur auf die zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände, nicht auf den Neuerwerb nach der Konkurseröffnung (§§ 1, 6 KO). Für Ansprüche, die aus den Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstehen (§ 59 Nr. 1 KO), wird deshalb nur mit der Konkursmasse gehaftet.[1] Andernfalls könnte der Konkursverwalter über den Umweg der Verpflichtungsgeschäfte seine Verfügungsmacht mittelbar erweitern. Der Gemeinschuldner haftet also, anders als ein nach §§ 164 ff BGB Vertretener, für die vom Konkursverwalter abgeschlossenen Verträge nicht mit seinem ganzen Vermögen, die "Vertretung" beschränkt sich auf einen besonderen Vermögensteil. Eine solche auf ein "Sondervermögen" bezogene Vertretung kennt das bürgerliche Recht nur dort, wo Vermögensteilen einer oder mehrerer Personen eine eigene Rechtspersönlichkeit zuerkannt wird (Stiftung, rechtsfähiger Verein, Aktiengesellschaft). Der Konkursmasse wird eine solche Selbständigkeit jedoch nicht zugestanden. Das wäre auch mit Schwierigkeiten verbunden, weil nach der Beendigung des Konkurses evtl. subjektlose Rechte nachbleiben würden. Der Gemeinschuldner bleibt nach der Konkursordnung also Inhaber des Vermögens, der Konkursverwalter übt lediglich hinsichtlich der Konkursmasse das Verwaltungs- und Verwertungsrecht aus. Diese eigenartige Stellung des Konkursverwalters wird am besten als "Amt" bezeichnet, das sich auf einen Teil des schuldnerischen Vermögens bezieht und das der Konkursverwalter aus eigenem Recht im Interesse des Schuldners und der Gläubiger ausübt.[2]

Aus dieser Sicht heraus scheint es unmöglich zu sein, daß der Konkursverwalter Schadenersatzansprüche der Gläubiger geltend macht. Auch wenn die Gläubiger in ihrer Gesamtheit geschädigt sind, scheint es doch bedenklich, die Ansprüche der Masse und damit dem Vermögen des Gemeinschuldners zuzuschreiben. Wie "sollte der Gemeinschuldner dazu kommen, einen Deliktsanspruch gegen den Anfechtungsgegner (allgemeiner: gegen den schädigenden Kreditgeber) zu haben, zumal wenn er wie oft an der unerlaubten Handlung

---

1) Jaeger/Lent § 57,5; Mentzel/Kuhn § 57, 1; Böhle-Stammschräder § 57, 2

2) Schönke-Baur § 50 CI mit Nachweisen, auch zu der von der Rechtsprechung abgelehnten Vertretungstheorie

beteiligt ist, andererseits gar keinen Schaden erlitten hat"?[1] Nur wenn die Konkursmasse eine selbständige Rechtspersönlichkeit wäre, könnte sie eigene Ansprüche wegen unzulässiger Verkürzung haben. Aus diesen Überlegungen wird dem Konkursverwalter die Befugnis abgesprochen, Schadenersatzansprüche der Gläubiger geltend zu machen.[2]

Dieser Standpunkt ist zu formalistisch. Auch bei der Entstehung des Anfechtungsanspruches, den der Konkursverwalter geltend macht (§ 36 KO), wirkt der Gemeinschuldner oft durch seine Benachteiligungsabsicht mit. Der Anspruch kommt aber inhaltlich jedenfalls den Gläubigern zugute und wird außerhalb des Konkurses von dem benachteiligten Gläubiger selbst ausgeübt (§ 2AnfG). Jaeger/Lent betonen,[3] daß es zunächst grotesk erscheine, der Masse und damit dem Gemeinschuldner als eine Art Belohnung für sein fragwürdiges Verhalten den Anfechtungsanspruch zuzuweisen. Der Gemeinschuldner gewinne aber persönlich nichts durch den Anspruch. Würde man den Gläubigern als eigentlichen Interessenten den Anfechtungsanspruch zuweisen, würden zwei Vermögensmassen nebeneinanderstehen, die demselben Zweck dienten, aber verschiedener Behandlung zu unterwerfen seien. Was zunächst sinnwidrig erscheine, sei in Wahrheit nichts anderes als ein wohl überlegtes technisches Mittel, um auf einfachste Weise das Interesse der Gläubiger an der Vermehrung des Massebestandes zu erfüllen.[4] Es handle sich aber um einen so eigenartigen Fall einer Zuweisung von Ansprüchen im Interesse der Gläubiger an die Masse, daß man diesen Gedanken nicht ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift auf andere Ansprüche anwenden könne.[5]

Die Einschränkung kann jedoch nicht für solche Schadenersatzansprüche gelten, die aus der Gefährdung der Gläubiger durch umfangreiche Sicherungs- oder Tilgungsverträge folgen. Eine Gläubigerschädigung durch solche Verträge ist erst durch die gewohnheitsrechtliche Anerkennung der Sicherungsübertragung und durch die Erleichterung der Abtretung künftiger Forderungen ermöglicht worden. Die Anfechtungsvorschriften der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes wären systematisch der richtige Ort für die Abwehr dieser Gläubigerschädigungen. Die Normen sind den veränderten Umständen aber noch nicht angeglichen

---

1) Jaeger/Lent, Vor §§ 29 - 42 Anm. V
2) Jaeger/Lent, Vor §§ 29 - 42 Anm. V
3) Jaeger/Lent, Vor §§ 29 - 42 Anm. IV 3
4) Jaeger/Lent, Vor §§ 29 - 42 Anm. IV 3
5) Jaeger/Lent, Vor §§ 29 - 42 Anm. V (S. 406)

worden. Deshalb muß auf die allgemeinen Vorschriften des § 826 BGB zurückgegriffen werden. Dadurch kann sich aber nicht der Inhalt der Ansprüche und die Art ihrer Geltendmachung ändern. Die Gläubiger müssen so gestellt werden, als ob die schädigenden Rechtshandlungen des Schuldners anfechtbar seien. Das kann nur dadurch erreicht werden, daß dem Konkursverwalter die Befugnis zugestanden wird, die Schadenersatzansprüche geltend zu machen. So kann am besten der Zustand wiederhergestellt werden, der ohne den zum Schadenersatz verpflichtenden Umstand (die schädigende Rechtsübertragung) bestehen würde (§ 249 BGB).

Die Rechtsprechung kommt heute über § 138 BGB zu demselben Ergebnis. Es entstehen dabei aber Schwierigkeiten, wenn die geschädigten Gläubiger vor dem Konkursverwalter gegen den Schädiger nach § 826 BGB vorgehen.

4.) Unanwendbarkeit des § 138 BGB

§ 138 BGB kann in den "anfechtungsgleichen" Fällen (oben 6. Teil B II 1 a - c) nicht angewendet werden.[1] Die Vorschrift bezieht sich nach ihrer ursprünglichen Bedeutung ohnehin auf andere Rechtsgeschäfte.[2] Eine erweiterte Auslegung zur Ahndung gläubigerschädigenden Verhaltens erscheint nicht angebracht. Die Sicherungs- und Tilgungsverträge sind nur deshalb anstößig, weil sie die Haftungsmasse des Schuldners in untragbarer Weise zugunsten des Kreditgebers und zum Schaden der anderen Gläubiger verringern. Dabei begründet der Vertragsschluß in den meisten Fällen nur die Gefahr einer schädlichen Schmälerung, der Schaden ist eine später eintretende mittelbare Folge.[3] Würde man schon auf Grund dieser bloßen Gefährdung der Gläubiger den ganzen Vertrag von Anfang an für nichtig erklären, so gingen die Rechtsfolgen weiter als der Grund für die erweiterte Auslegung des Begriffs der guten Sitten. Es soll nur die später eintretende Gläubigerschädigung beseitigt

---

1) Berges (BB 1954, 886 ff, 888) meint, bei umfangreichen Sicherungsverträgen sollte man nur § 138 und nicht § 826 anwenden. Die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit solcher Verträge solle das Institut der Sicherungsübereignung vor Mißbrauch schützen, und zwar im Rahmen einer gesunden Sitten- und Wirtschaftsordnung unter Wahrung der gesetzgeberischen Grundgedanken. Diesem allgemeinen Ziel könne § 138 besser Rechnung tragen als § 826, der dem Schutz von Einzelinteressen diene.

2) s. oben 2. Teil I und II

3) s. oben 3. Teil II 1

werden. Dazu genügt es - ähnlich den Bestimmungen der §§ 419 BGB, 850 h ZPO, 342 HGB -, die mit dem Rechtsgeschäft regelmäßig verbundenen haftungsrechtlichen Folgen zu beseitigen. Das kann ausreichend durch die Anwendung des § 826 BGB geschehen. [1)]

III. Rechtsfolgen in weitergehenden Fällen

Die Beschränkung der Schadenersatzpflicht auf die Freigabe der zur Sicherung oder Tilgung übertragenen Gegenstände ist nicht gerechtfertigt, wenn das Unrecht des schädigenden Verhaltens über das der Anfechtungstatbestände hinausgeht.

1.) Kreditbetrug

a) § 826 BGB

Ein weitgehender Unrechtsgehalt liegt zunächst vor, wenn zu den Voraussetzungen der Anfechtungstatbestände weitere Umstände hinzutreten, also besonders bei der Teilnahme des Geldgebers an einem Kreditbetrug des Schuldners. Die getäuschten und geschädigten Gläubiger haben gegen den Kreditgeber Ansprüche aus §§ 823 II BGB, 263 StGB, 249, 826 BGB auf vollen Ersatz des negativen Interesses.

b) Der Kreditvertrag (Verpflichtung zur Darlehnshingabe gegen Sicherungsbestellung oder Forderungsabtretung zur Erfüllung), der den Kreditbetrug ermöglichen soll, ist nach § 138 BGB nichtig.

2.) Stille Geschäftsinhaberschaft

a) § 826 BGB

Auch wenn die Anfechtungsvoraussetzungen nicht vorliegen, kann der Unrechtsgehalt größer sein als der der Anfechtungstatbestände. Die Anfechtungsregelung enthält heute keine abschließende Normierung des Kampfes um den Zugriff auf das schuldnerische Vermögen mehr. Treten zu den Situationen, die eine den Anfechtungstatbeständen vergleich-

1) ähnlich Westermann, Interessenkollisionen S. 34: Durch die Anwendung des § 138 auf gläubigerschädigende Sicherungsübereignungen werde die Vorschrift unrichtig zu einem Tatbestand des Schadensrechts gemacht.

bare Interessenlage aufweisen (oben 6. Teil B II 1 a - c), weitere erschwerende Umstände hinzu, dann müssen auch die rechtlichen Sanktionen weitergehen als die der Anfechtungsregelung.

Ein solcher weitergehender Umstand liegt insbesondere vor, wenn die Kreditverträge mit ihren Sicherungs- und Tilgungsabreden nicht nur den Charakter einer stillen Gesellschaft, sondern darüber hinaus den einer Gesellschaft mit voller persönlicher Haftung der Gesellschafter annehmen.

Wenn dem Geldgeber auf Grund dieser Abreden fast der gesamte Gewinn des Unternehmens zufließt und dem Schuldner keine ausreichenden Mittel zur Befriedigung seiner Gläubiger verbleiben, so wird dem Schuldner dadurch in der Regel die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit genommen, ohne die eine verantwortliche und erfolgreiche Unternehmensführung nicht möglich ist. Das Reichsgericht spricht hier von "Aussaugung" und "stiller Geschäftsinhaberschaft".[1] Der Geldgeber ist der alleinige Nutznießer des Unternehmens oder hat jedenfalls wegen seiner Machtstellung einen großen, meist ausschlaggebenden Einfluß auf die Geschäftsführung. Der Schuldner ist in die Rolle eines abhängigen Angestellten gedrängt.

Ist ein Geldgeber als stiller Gesellschafter oder als Kommanditist an einem Unternehmen beteiligt, hat er aber entgegen den vom Gesetz vorgesehenen typischen Verhältnissen im Innenverhältnis einen entscheidenden Einfluß auf die Geschäftsführung und geht der Gewinn und Verlust überwiegend auf seine Rechnung, so spricht man von einer atypischen Gesellschaft.[2]

Müller-Erzbach hat gegen die rechtliche Möglichkeit einer solchen Gesellschaftsausgestaltung geltend gemacht:[3] Es werde übersehen, daß ein beschränktes Haften oder der völlige Ausschluß der Haftung nur da berechtigt sein könne, wo der so Privilegierte keinen maßgeblichen Einfluß auf die Leitung des Unternehmens und damit auf das Unternehmerrisiko besitze. Das Recht dürfe eine haftungsbefreite oder haftungsbeschränkte Herrschaft nicht dulden. Der Durchführung dieses Gedankens stehe aber die andere, auf äußerliche und

---

1) RGZ 136, 253 f
2) W. Siebert NJW 1953, 806; Schlegelb.- Geßler § 335, 20 a; Koenigs S. 237; Rasner S. 78 f
3) Müller-Erzbach S. 738

formale Gesichtspunkte ausgerichtete gesetzliche Regelung entgegen.

Einige Autoren meinen, in gewissen Fällen könne dem auch schon bei der heutigen Rechtslage Rechnung getragen werden. Wenn es sich nicht nur um eine atypische Gesellschaftsform mit verstärkten, aber nicht allein entscheidenden Geschäftsführungsrechten des stillen Gesellschafters oder des Kommanditisten handele, sondern wenn der nicht persönlich haftende Gesellschafter der eigentliche Geschäftsherr sei, dann sei die Ausgestaltung eine offensichtliche Umgehung zwingender gesellschaftsrechtlicher Ordnungsprinzipien. In solcher Lage sei ohne Rücksicht auf die formale Gestaltung eine persönliche Haftung des stillen Gesellschafters oder eine unbeschränkte Haftung des Kommanditisten für die Gesellschaftsschulden gerechtfertigt.[1] Zur Begründung wird ausgeführt: Gegen die gesellschaftsvertragliche Änderung der Machtverteilung zwischen dem persönlich haftenden Gesellschafter und dem Kommanditisten sei zwar nichts einzuwenden. Wenn aber die Einkleidung in die Form der Kommanditgesellschaft oder der stillen Gesellschaft zu einer dem gesetzlichen Typ völlig widersprechenden Ausgestaltung führe und von dem Kommanditisten oder dem stillen Gesellschafter nur dazu benutzt werden, um sich trotz eigener Unternehmerleistung der unbeschränkten Haftung zu entziehen, liege ein Mißbrauch vor. Der Schwerpunkt liege haftungsrechtlich gesehen nicht in dem Gebrauch einer von der üblichen Gestaltung abweichenden Rechtsform an sich, sondern in der Geltendmachung der beschränkten Haftung angesichts der denaturierten Form und der Art ihrer tatsächlichen Ausnutzung durch die spätere Geschäftsführung des Gesellschafters.[2]

Demgegenüber wird geltend gemacht, die Frage der Geschäftsführung betreffe das Innenverhältnis und könne deshalb nach der klaren gesetzlichen Ordnung keine Auswirkung auf die Haftung für die Gesellschaftsschulden haben.[3] Selbst die Führung der Geschäfte durch einen Strohmann sei nur in Ausnahmefällen unzulässig, z.B. wenn sie der bewußten Täuschung der Gläubiger diene. In solchen Fällen brauche man aber keine besondere persön-

---

1) Schlegelb.-Geßler § 335, 51; Paulick S. 102; Heinrich Lehmann, Gesellschaftsrecht § 63 II (S. 334)
2) Heinrich Lehmann, Gesellschaftsrecht § 63 II (S. 334, 335); ähnlich Paulick S. 103
3) Düringer-Hachenburg, HGB Bd. II/1 (Flechtheim) § 335, 35.

liche Haftung des eigentlichen Geschäftsinhabers zu konstruieren, weil der notwendige Schutz der Geschäftsgläubiger in anderer Weise sichergestellt werden könne.[1)]

Diese Bedenken mögen berechtigt sein. Aber gerade bei den vergleichbaren Situationen der Kreditverträge mit großen Sicherungs- und Tilgungsabreden ist der anderweitige Schutz - in Betracht kommen die Schadenersatznormen - nur unvollkommen. Es werden zwar teils die Voraussetzungen des Kreditbetruges vorliegen. Oft sind die Unternehmensverhältnisse jedoch so kompliziert, daß den Beteiligten, die sich grob fahrlässig nicht genau orientiert haben, ein Täuschungsvorsatz nicht nachzuweisen ist. Aber auch dann müssen sie für den von ihnen verursachten Kreditschein einstehen. Das kann nur mit Hilfe des § 826 BGB geschehen. Bei der Bestimmung der Sittenwidrigkeit darf nicht auf die von den Parteien gewollte Haftung abgestellt werden. Ausschlaggebend muß sein, wie die Beteiligten mit Rücksicht auf das Innenverhältnis und auf den Verkehr die Haftung billigerweise hätten regeln müssen. Wenn also auf Grund des Kreditvertrages die Geschäftsführung und der Gewinn des Unternehmens völlig in die Hand des Geldgebers gelangen, muß er den Gläubigern, die dadurch geschädigt werden, voll haften.[2)]

Das gilt uneingeschränkt nur für solche Gläubiger, deren Forderungen gegen den Schuldner erst entstanden sind, nachdem der Geldgeber einen derartigen Einfluß erlangt hatte (Neugläubiger), und die diesen Einfluß nicht erkannt haben.[3)] Zwar kann auch die Durchsetzbarkeit älterer Forderungen durch das Abhängigwerden des Schuldners von dem Geldgeber erschwert werden, wenn die Eintreibung der Forderung wegen des sich zunächst bessernden Kreditscheins auf einen späteren ungünstigeren Zeitpunkt verschoben

---

1) Koenigs S. 238; Rasner S. 80; Robert Fischer, JR 1962, 201;
BGH 17. März 1966 NJW 1966, 1309 f: Grundsätzlich sei es rechtlich möglich, die persönliche Haftung des Leiters des Unternehmens durch eine entsprechende Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses einzuschränken oder auszuschließen. Die gesetzliche Typenregelung der Gesellschaftsformen lasse der Parteidisposition freie Hand. Wenn aber eine Rechtsform für Ziele und Zwecke verwendet werde, für die sie nicht bestimmt sei oder wenn durch die Verwendung eine Täuschung des allgemeinen Rechtsverkehrs oder einzelner Personen herbeigeführt werde, könne ein Rechtsmißbrauch vorliegen.

2) so im Ergebnis der BGH: BGHZ 19, 12 ff (20); BGHZ 20, 43 ff

3) BGH 17. März 1966 NJW 1966, 1309 f

wird. Deshalb haften der persönlich haftende Gesellschafter und der Kommanditist auch für die Verbindlichkeiten, die schon bei ihrem Eintritt in das Unternehmen bestanden (§§ 28, 130, 173 HGB). Dieser Gedanke kann aber nicht innerhalb der Schadenersatznorm des § 826 BGB verwirklicht werden. Der Geldgeber müßte sonst einen pauschalen, vermuteten Schaden ersetzen. Der Anspruch der Altgläubiger gegen den zum eigentlichen Geschäftsinhaber gewordenen Geldgeber geht deshalb nur so weit, als ihnen durch den falschen Schein nachweislich ein Schaden entstanden ist.[1] Das wird nur selten der Fall sein. Sie werden aber regelmäßig durch die "anfechtungsgleichen" Schadenersatzansprüche des Konkursverwalters[2] und durch eigene Ansprüche wegen vorsätzlicher Konkursverschleppung[3] geschützt.

b) § 138 BGB

Kreditverträge, die den Geldgeber zum eigentlichen Geschäftsinhaber machen, sind nicht nach § 138 BGB nichtig. Diese "Knebelung" ist hauptsächlich wegen ihrer für die Gläubiger schädlichen Folgen anstößig und nicht wegen der wirtschaftlich erforderlichen und zulässigen Einschränkung der Handlungsfreiheit des Schuldners.[4] Wie oben dargelegt[5], würde es deshalb auch hier zu weit gehen, die gefährlichen Verträge nach § 138 als nichtig anzusehen.

3.) Konkursverschleppung

a) § 826 BGB

Die vorsätzliche Konkursverschleppung nimmt eine Mittelstellung ein. Ihr Unrechtsgehalt reicht einerseits nicht so weit wie der des Kreditbetruges und der der stillen Geschäftsinhaberschaft, andererseits geht er über den der einfachen anstößigen Gläubigerbenachteiligung hinaus. Die tatbestandliche Abgrenzung und die Rechtsfolge der vorsätzlichen Konkursverschleppung ergeben sich aus dem Vergleich mit den gesetzlich ge-

---

1) So für die "Aussaugung" und die "stille Geschäftsinhaberschaft" RGZ 136, 256.
2) s. oben 6. Teil B II 2 und 3
3) s. unten unter 3.).
4) s. oben 4. Teil B III 2 e
5) s. 6. Teil B II 4

regelten Fällen der Konkursverzögerung.

Ein besonderer Fall der Konkursverzögerung, nämlich der Bezug von Waren und Wertpapieren auf Kredit, um sie zur Konkursverschleppung zu verschleudern, wird durch § 240 Abs. 1 Nr. 2 KO unter Strafe gestellt.

Die Geschäftsführer und die Liquidatoren einer GmbH haben die Pflicht, bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft ohne schuldhaftes Zögern die Eröffnung des Konkurses zu beantragen (§§ 64, 71 GmbHG). Die Verletzung dieser Pflicht ist unter Strafe gestellt (§ 84 GmbHG).[1)]

Der Verstoß gegen die §§ 240 I Nr. 2 KO, 64, 71, 84 GmbHG macht nach § 823 II BGB schadenersatzpflichtig. Es kann aber nicht stets Ersatz aller Schäden verlangt werden, die den Gläubigern bei rechtzeitigem Konkursantrag nicht entstanden wären. Gläubiger, die dem Gemeinschuldner zu einem Zeitpunkt Kredit gewährt haben, zu dem der Konkursantrag schon hätte gestellt sein müssen (Neugläubiger), müßten sonst so gestellt werden, als ob sie den Kredit gar nicht gewährt hätten. Soweit reicht aber der Schutzzweck der Normen nicht. Die genannten Vorschriften sollen die Konkurs- und die Gesellschaftsgläubiger nur vor Einbußen bewahren, die durch das Hinausschieben der Konkurseröffnung entstehen. Sie sollen dagegen die Gläubiger nicht vor der Gefahr schützen, zu einem mit wirtschaftlichen Schwierigkeiten kämpfenden Schuldner in Geschäftsbeziehungen zu treten und ihm Kredit zu gewähren. Das Vertrauen in die Zahlungsfähigkeit und die Kreditwürdigkeit eines anderen genießt im Geschäfts- und Wirtschaftsleben keinen besonderen Schutz. Nur wo der Schuldner mit Täuschungsabsicht und dem Vorsatz handelt, den Gläubiger zu schädigen, wird das Vertrauen des Kreditgebers nach §§ 823 II BGB, 263 StGB geschützt. Die Konkursverschleppung setzt aber keine Absicht der Gläubigerbenachteiligung voraus, sondern nur die der Konkursverzögerung, die auch bei Hoffnung auf Sanierung bestehen kann.[2)]

---

1) Entsprechende Vorschriften für den Vorstand und die Liquidatoren der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft: §§ 92, 268, 401 AktG; §§ 99, 118, 140, 148 GenG. Der Erbe ist bei Überschuldung des Nachlasses nach § 1980 BGB zum Konkursantrag verpflichtet.

2) Schönke-Schröder § 240 KO (nach § 281 StGB) Anm. 27

Liegen deshalb nur die Voraussetzungen der Konkursverschleppung vor, so umfaßt der Schadenersatzanspruch der Alt- und der Neugläubiger nur den Unterschied zwischen der tatsächlichen Konkursquote und dem, was sie bei rechtzeitiger Konkurseröffnung (Altgläubiger) oder zu dem Zeitpunkt erhalten hätten, in dem sie Gläubiger des Gemeinschuldners wurden (Neugläubiger).[1)]

Entsprechendes muß für die über § 826 BGB zu lösenden Fälle großer Sicherungs- und Tilgungsabreden gelten. Werden sie in dem Bewußtsein geschlossen, daß nur durch sie die Konkurseröffnung einstweilen verhindert werden kann, wird der Konkurs vorsätzlich hinausgeschoben. Es liegt jedoch kein Kreditbetrug vor, wenn Altgläubiger durch den Entzug von Vollstreckungsgegenständen geschädigt werden oder wenn der Schuldner und der Kreditgeber nicht mit ziemlicher Sicherheit die Aussichtslosigkeit der Sanierungsmaßnahmen voraussehen, weil sie dann keinen Täuschungsvorsatz hinsichtlich der Neugläubiger haben. Mit dem Hinauszögern des Konkursantrages und mit der Fortführung der Geschäfte wächst aber regelmäßig die Schuldenlast des Unternehmers und die drohende Gläubigerbeeinträchtigung.

Der Unrechtsgehalt solcher gefährlichen Sanierungsversuche entspricht dem der nach § 240 I Nr. 2 KO strafbaren Konkursverschleppung, wenn dabei in einer "den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise" (§ 240 I Nr. 2 KO) vorgegangen wird.[2)] Für die ordnungsgemäße Wirtschaftsführung ist zunächst nur der Schuldner selbst

---

1) BGH 16. Dez. 1958 BGHZ 29, 100 ff (= NJW 1959, 623): zu § 64 GmbHG; BGH 22. Jan. 1962 WM 1962, 527: zu § 64 GmbHG; BGH 16. Juni 1964 NJW 1964, 1960: zu § 240 I Nr. 2 KO.
Lambsdorff-Gilles, NJW 1966, 1551 meinen, diese Beschränkung des Schadenersatzanspruches der Neugläubiger sei zu konstruktiv und wenig natürlich in der Betrachtungsweise, als daß sie dem Willen des Gesetzgebers entsprechen könnte. Der Schutz trete genau erst dann ein, wenn der eigentliche Schaden, die Kreditgewährung an den Schuldner, schon eingetreten sei. - Die Autoren übersehen einerseits, daß der zu ersetzende Schaden vorsätzlich herbeigeführt werden muß. Das ist bei Unterlassung des Konkursantrages durch die GmbH-Geschäftsführer oft nicht der Fall. Handelt es sich aber andererseits um eine vorsätzliche Verzögerung des Konkurses, so werden oft auch die Voraussetzungen eines Kreditbetruges gegeben sein.

2) Zur engen Fassung der Strafnorm vgl. oben 5. Teil A II.

und nicht der Kreditgeber verantwortlich. Der Kreditgeber nimmt aber an der gefährlichen Konkursverschleppung in anstößiger Weise teil, wenn er aus eigennützigen Beweggründen, also nur mit Rücksicht auf die alten, dem Schuldner früher gegebenen Kredite, und ohne sich er Erfolgsaussichten des wegen Konkursreife offensichtlich gefahrvollen Sanierungsversuches zu vergewissern, Kredit gegen Sicherungen oder gegen Forderungsabtretungen zur Tilgung gewährt.[1)]

b) § 138 BGB

Konkursverschleppende Verträge sind nicht nach § 138 BGB nichtig. Auch die Strafbarkeit der Konkursverschleppung nach § 240 I Nr. 2 KO tritt erst mit der Konkurseröffnung, also der tatsächlichen Gläubigerschädigung, ein. Durch den konkursverschleppenden Vertrag entsteht zunächst nur eine Gefahr für die Gläubiger. Sie gibt keinen Anlaß zur Anwendung des § 138 BGB.

4.) Geltendmachung der Ansprüche

Die Schadenersatzansprüche wegen Kreditbetrugs, stiller Geschäftsinhaberschaft und Konkursverschleppung müssen von den geschädigten Gläubigern selbst geltend gemacht werden. Der Unrechtsgehalt der hier zum Schadenersatz verpflichtenden Verhaltensweisen geht über den der gesetzlichen Anfechtungstatbestände hinaus. Eine Geltendmachung durch den Konkursverwalter wie bei den "anfechtungsgleichen" Schadenersatzansprüchen in Parallele zu § 36 KO[2)] kommt deshalb nicht in Betracht. Das entspricht auch dem praktischen Bedürfnis. Die Voraussetzungen und der Umfang dieser Ansprüche sind für die Alt- und die Neugläubiger verschieden. Eine gemeinsame Geltendmachung ist daher nicht möglich. Jedoch muß dem Konkursverwalter auch in diesen Fällen der aus § 826 BGB folgende "anfechtungsgleiche" Schadenersatzanspruch auf Freigabe der zur Sicherung oder Tilgung übertragenen Gegenstände oder auf deren Wertsatz zustehen. Das entspricht dem Konkurrenzverhältnis zwischen § 826 BGB in seinem ursprünglichen Anwendungsbereich und den Anfechtungsansprüchen.[3)]

---

1) Das sind im wesentlichen die Ergebnisse der Rechtsprechung des BGH - vgl. oben 4. Teil B III 2 a
2) s. oben 6. Teil B II 3
3) s. oben S. 15 Anm. 2

IV. Zusammenfassung

1.) Wer einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich einen Schaden zufügt, ist ihm nach § 826 BGB zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

Wer sich Sicherungen bestellen oder künftige Forderungen zur Erfüllung abtreten läßt, tut das regelmäßig im Hinblick auf eine mögliche künftige Zahlungsunfähigkeit. Kommt es zur Insolvenz und fallen ungesicherte Gläubiger aus, hat der gesicherte oder befriedigte Gläubiger sich bewußt und gewollt vor ihnen einen Vorteil verschafft. Er hat also mit bedingtem Vorsatz gehandelt.

2.) Die vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung erfolgt in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise,

a) wenn der Kreditgeber bei der Vornahme der fraglichen Sicherungen oder Forderungsabtretungen zur Erfüllung mit ziemlicher Sicherung voraussieht, daß durch die Gewährung oder Belassung des Kredits Dritte zu ihrem Schaden über die Kreditwürdigkeit des Schuldners (des Kreditnehmers) getäuscht werden,

b) wenn durch den Umfang der Sicherungen oder der Forderungsabtretungen zur Erfüllung und der damit verbundenen Weisungs- und Überwachungsrechte die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Schuldners so eingeschränkt wird, daß ihm zur Befriedigung anderer Gläubiger keine Mittel in angemessenem Rahmen verbleiben, und wenn andere Gläubiger durch diese stille Geschäftsinhaberschaft zu ihrem Schaden getäuscht werden.

In diesen Fällen haben die geschädigten Gläubiger gegen den Kreditgeber einen Anspruch, so gestellt zu werden, als ob sie die wahre, schlechte Kreditlage des Schuldners gekannt und deshalb keinen Kredit mehr gewährt oder ihre alten Forderungen sofort geltend gemacht hätten.

3.) Der Kreditgeber handelt sittenwidrig, wenn er Kredite gegen Sicherungsbestellung oder Forderungsabtretungen zur Erfüllung in dem Bewußtsein gewährt oder beläßt, daß nur dadurch die Konkurseröffnung einstweilen verhindert werden kann, wenn er diesen Sanierungsversuch nur mit Rücksicht auf die dem Schuldner schon früher geliehenen Gelder vornimmt und wenn er sich der Erfolgsaussichten nicht genau vergewissert hat (vorsätzliche Konkursverschleppung).

Kommt es zum Konkurs, so muß der Kreditgeber den Altgläubigern den Unterschied zwischen der tatsächlichen Konkursquote und dem Betrag ersetzen, den sie bei rechtzeitiger Konkurseröffnung erhalten hätten. Die Neugläubiger haben einen Anspruch auf den Unterschied zwischen der tatsächlichen Konkursquote und dem Betrag, den sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erhalten hätten.

4.) Der Kreditgeber handelt ferner sittenwidrig, wenn er

a) bei der Sicherung oder bei der Tilgung durch Forderungsabtretung groß fahrlässig übersieht, daß durch die Gewährung oder Belassung des Kredits Dritte mit ziemlicher Sicherheit zu ihrem Schaden über die Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht werden,

b) wissentlich oder mit grob fahrlässiger Unkenntnis durch die Sicherungen oder die Tilgung durch Forderungsabtretungen dem Schuldner das letzte freie Vermögen, insbesondere auch künftige Forderungen, entzieht und wenn die übertragenen Gegenstände für ein Konkursverfahren ausreichen,

c) einen Unternehmer gegen Sicherungen oder gegen Tilgung durch Forderungsabtretungen unterstützt, gegen den er schon Forderungen aus früherer Kreditgewährung hat und dem er ohne diese Rückstände keinen Kredit mehr gewähren würde.

In den Fällen a) - c) liegt ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht vor, wenn der Kreditgeber unter Berücksichtigung der ihm bekannten oder grob fahrlässig unbekannten Umstände bei Bestellung der Sicherungen oder Forderungsabtretungen zur Erfüllung mit dem Eintritt des Schadens letztlich nicht zu rechnen brauchte, insbesondere weil die Geschäftslage sich günstig entwickelte und dem Schuldner genügend Mittel zur Befriedigung der Gläubiger verblieben.

Der Anspruch der benachteiligten Gläubiger geht auf Freigabe der zur Sicherung oder zur Tilgung übertragenen Gegenstände oder, wenn das nicht möglich ist, auf Wertersatz. Während des Konkurses wird dieser Anspruch vom Konkursverwalter geltend gemacht.

5.) Nichtigkeit nach § 138 BGB tritt nur im Fall des Kreditbetruges ein.

Lebenslauf

Am 9. Januar 1940 wurde ich, Claus Godbersen, als sohn des Amtsgerichtsrats Claus Godbersen und seiner Ehefrau Käthe, geborene Hadré, in Heide/Holstein geboren. Ich bin deutscher Staatsangehörigkeit.

In Heide wurde ich 1946 eingeschult. Ein Jahr später wechselte ich auf die Volksschule in Tönning/Eiderstedt über. Mein Vater war nach seiner Rückkehr aus der Kriegsgefangenschaft im Jahr 1946 am dortigen Amtsgericht tätig. 1951 wurde ich in den altsprachlichen Zug des Hermann-Tast-Gymnasiums in Husum aufgenommen. 1953 ließ sich mein Vater an das Amtsgericht in Mölln im schleswig-holsteinischen Kreis Herzogtum Lauenburg versetzen. Seit 1954 besuchte ich deshalb die Lauenburgische Gelehrtenschule in Ratzeburg. Dort bestand ich im Februar 1959 das Abitur.

Im Sommersemester 1959 begann ich das Studium an der Universität Göttingen. Ich war zunächst in der theologischen und in der juristischen Fakultät eingeschrieben. Vom Sommersemester 1960 bis zum Sommersemester 1961 studierte ich an der Universität Bonn. Während dieser Zeit entschied ich mich endgültig für das juristische Studium. Zum Wintersemester 1961/62 kehte ich nach Göttingen zurück. Im März 1964 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Celle die erste juristische Staatsprüfung.

Im Juli 1968 legte ich vor dem Gemeinsamen Prüfungsamt für die Länder Bremen, Hamburg und Schleswig-Holstein das Assessorexamen ab.